شهــادة الشهـود

في

ضوء الفقه والقضاء

تأليف

شــريف أحمــد الطبـــاخ

المحامى

بالنقــض والإداريــة العليـــا

فهرس الكتاب

القسـم الأول : شهادة الشهود في الدعاوى المدنية

البــاب الأول : القــاعـدة العـامة للإثبـات

الفصل الأول : خصائص الشهادة

تنص المادة (٦٠) من قانون الإثبات على أنه :

فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود فى اثبات وجوده او انقضائه ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ، ويجوز الاثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على خمسمائة جنيه لم تأت الا من ضم الفوائد والملحقات الى الأصل.

وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الاثبات بشهادة الشهود فى كل طلب لا تزيد قيمته على مائتى جنيه ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة.

وتكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الاصلى

الشهادة هى قيام شخص من غير أطراف الخصومة يعد حلف اليمين بالأخبار فى مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول وقائع تصلح محلا للاثبات . والأصل أن يدلى الشاهد بما عرفه مباشرة سواء عن طريق السمع أو البصر وهذه هى الشهادة المباشرة وإلى جانبها توجد الشهادة غير المباشرة أو السماعية وهى التى تنصب على وقائع نقلت إليه من آخر وهذه الشهادة أقل تأثير فى تكوين اقتناع القاضى وتستنير بها المحكمة باعتبارها كقرينة.

ويتضح من هذا النص أن المشرع جعل النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود خمسمائة جنيها . وهذه المادة من المواد الموضوعية وليست مادة إجراءات ومن ثم فلا يكون لها الاثر الفورى فى التطبيق وعلى ذلك فلا تسرى على التصرفات القانونية التى تمت قبل العمل بالتعديل الجديد ، ومن ثم فإن التصرفات التى تمت قبل ١٩٩٩/٧/١٧ موعد سريان القانون ١٩٩٩/١٨ وكانت قيمتها تزيد على ١٠٠ جنيه لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود ولو كانت قيمتها لا تجاوز ٥٠٠جنيه

والملاحظ أن عبارة النص لا تتناول العقود فحسب بل ينسحب حكمها على سائر التصرفات القانونية فلا يخرج من نطاقها الا الوقائع القانونية وغنى عن البيان أن التصرف القانونى ينصرف الى كل تعبير عن الإرادة يقصد منه الى ترتيب أثر قانونى وهو بهذه المثابة لا يقتصر على العقود فحسب بل يشمل الإرادة المنفردة كالايجاب والقبول التنازل عن حق الوفاء والإجاره وبديهى أن صاحب الحق لا يعنى بتهيئة الدليل وقت انعقاد التصرف القانونى مالم يكن قصد منه الى ترتيب اثار قانونية لصالحه

أما الوقائع القانونية وهى التى يستقل القانون بترتيب أثارها ويلتزم محدثها دون أن يسعى الى ذلك فمن المستحيل فى الاصل أن يهيأ دليل كتابى بشأنها ولتلك أبيح أثبات هذه الوقائع بالبينة سواء أكانت منشأة لاثبات عقود او جنح او اثبات جنح ، ومن ثم فإن الوقائع المادية لا ينبغى أن تذكر بين الاسئناءات التى ترد على الحكم المتقدم وانما الاستئناءات وفقا للنص المتقدم انما تتصرف إلى :

التصرفات القانونية غير المعينة القيمة .

التصرفات القانونية التى أوجب القانون بالنص اثباتها بالكتابة .

<u>خصائص الشهادة :</u>

للشهادة عدة خصائص وهى :

<u>١. الشهادة حجة غير قاطعة :</u>

ويعنى بأنها حجة غير قاطعة هو أنه يجوز إثبات ما شهد به الشهود أو نفيه عن طريق شهادة أخرى أو إثبات نفى عن طريق آخر من طرق الإثبات يدل على عكس ما شهد به الشهود كتقديم مستندات تنفى عكس ما قاله الشهود تماما وهكذا ....

<u>الشهادة حجة ليست ملزمة للقاضى وربما تكون مقنعة :</u>

لا رقابة لسلطة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى تقديرها لأقوال الشهود طالما كان تقديرها سائغا فإذا اقتنع القاضى بأقوال الشهود أخذ بها والعكس .

<u>تعد الشهادة دليلا مقيدا :</u>

فضل المشرع الكتابة على شهادة الشهود لأن الأخيرة تعد دليلا مقيدا لا يجوز الإثبات به الا فى نطاق معين .

<u>الشهادة حجة متعدية :</u>

فهى ليست قاصرة على صاحبها وإنما ما يثبت بها يعتبر ثابتا بالنسبة الى الكافة لأنها صادرة من شخص عدل من غير الخصوم وليس له مصلحة فى النزاع ولكتها خاضعة فى النهاية لتقدير القاضى ، وهى فى ذلك تختلف عن الإقرار لأنه أخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه .(انظر مرقص المرجع السابق)

الفصل الثاني : أنــواع الشهــادة

الشهادة أما أن تكون مباشرة أو غير مباشرة وهى على الترتيب التالى :

الشهــادة المباشــرة :

الأصل فى الشهادة أن تكون مباشرة فيخبر الشاهد بما وقع تحت بصره وسمعه . فقد يخبر عما رآه بعينه ، كما إذا كان قد شهد حادثا من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى أو بما سمعه بأذنه كما إذا كان قد حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد على المشترى ، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما سمع أو بما رآه وسمعه كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقترض ورآه يعطيه مبلغ القرض . (السنهورى)

ويجوز طبقا للقواعد العامة أن يدلى بالشهادة من ليس له القدرة على الكلام وذلك عن طريق الكتابة أو الإشارة (انظر تقنين المرافعات السابق).

وقد قضت محكمة النقض بأن : إن الشهادة المباشرة هى أن يقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه ، فإذا شهد بما سمع رواية عن غيره سواء كان خصما فى الدعوى او لم يكن فشهادته سماعية ، وتقدير قيمة كل من هاتين الشهادتين من سلطة قاضى الموضوع . (طعن ٤١٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢) .

الشهادة الغير مباشرة :

وتنقسم الشهادة الغير مباشرة إلى شهادة سماعية أو شهادة بالسماع أو شهادة بالشهرة العامة وهم على الترتيب التالى :

- الشهادة السماعية :

وهى شهادة شاهد يشهد بما سمعه عن غيره بأن غيره شهد الواقعة بعينه أو سمعه بإذنه ومن ثم فإن هذه الشهادة نصت على الواقعة محل الإثبات .

والشهادة السماعية جائزة فيما تجوز فيها الشهادة الأصلية وتكون خاضعة للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وقد قضت محكمة النقض بأن : أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منه مما تستقل به محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بالا تخرج بتلك الأقوال إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها ، وكان الثابت من استقراء أقوال الشاهد الثانى للطاعنة فى التحقيق الذى اجرته محكمة أول درجة أنه شاهد طرفى الخصومة يتشاجران أكثر من مرة وأن الطاعنة اشهدته " لو أنها أصابها سوء فيكون بسبب المطعون ضده " كما شاهده يطالبها بمبلغ ١٢٠٠ جنيه لدفعه كرشوة للمختصين نظير استصدار قرار بترميم مسكنها وعقبت الطاعنة على ذلك بسؤال الشاهد عن مدى صحة هذا القول

وأضاف الشاهد أن الزوج المطعون ضده طالما حاول استغلال سيارة الطاعنة رغما عنها وأنه فى ظرف ما دخل مسكنها عن طريق التسور ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يورد مضمون الأقوال المذكورة للشاهد ووصفها بأنها سماعية رغم ما بها من وقائع مشهودة بالعين والسمع على نحو ما سلف بيانه ، وتدل على عدم امانة المطعون ضده على أموال الطاعنة وهو ما يحقق الاضرار بها فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه . (نقض ١٩٨٩/١/١٧طعن رقم ١١٨ لسنة ٥٦ق)

<u>الشهادة بالتسامع :</u>

وهذه الشهادة لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها مباشرة بل على الرأى الشائع بين جماهير الناس عن هذه الواقعة وعلى ذلك فمصدرها غير معين عكس الشهادة السماعية .

ومن ثم فإن هذه الشهادة تكون عن طريق ما تسامعه الناس عن الواقعة وما شاع بين الجماهير بشأنها .

والشهادة بالتسامع غير مقبولة فى المسائل المدنية . لكن ليس هناك ما يمنع من من الأخذ لها على سبيل الاستئناس فيما يجوز إثباته بالشهادة والقرائن كما يمكن الأخذ بها على سبيل الاستثناء فى المسائل التى أجاز فيها الفقه الإسلامى الإثبات بها كالنسب والنكاح والموت وذلك تطبيقا للفقرة الأولى المادة الأولى من القانون المدنى والتى تحيل على مبادئ الشريعة إذا لم يوجد نص تشريعى أو قاعدة عرفية . (السنهورى)

وقد قضت محكمة النقض بأن : الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد بشئ لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو باجماع كالنسب ومنها ما هو على الصحيح أو على ارجح الاقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح اجازوا فيها الشهادة بالتسامع مع الناس وان لم يعاينها بنفسه وهى ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هى استحسان مرده ، والوجه فيه أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص فى الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وأنها يقترن بها فى العادة ما تشتهر به فنزلت الشهرة فى كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر سوى للشهادة ولو لم يقبل لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعا وهو مع ذلك لم يجوزا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمرا متوترا سمعه فى جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عند ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء أو غير به وبدون استشهاده رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فليحصل له نوع فى العلم الميسر فى حق المشهود به وهى مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها ما يفيد ظنا قويا يقترب فى القطع كشهادة الاستفاضة ومنها ما يفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة بأن يقولوا سمعنا سماعا فاشيا ولم نزل نسمع فى الثقات أو الفقهاء

وقد أوجبوا على الشاهد أن لا (يفسر) للقاضى إنما ارادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضى هذا العبء . (الطعن رقم ١٣ س٣٣ ق نقض ١٩٦٧/١/٤)

الشهادة بالشهرة العامة :

وهذه الشهادة تتمثل فيما يشهد به الشهود أمام حجة رسميه بمعرفتهم لواقعة أو وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة فيقوم الموظف بتدوين هذه الوقائع فى ورقة تعد دليلا عليها ومن أمثلة ذلك إعلام الوارثة ومحضر حصر التركه وتقرير غيبة المفقود.

والشهادة بالشهرة العامة لا تعد شهادة بالمعنى الصحيح ومن ثم فإن قوة الإثبات لها يحددها القانون فى كل حالة على حدة .

وعلى ذلك فإن الشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام ، موثق أو قاضى أو نحو ذلك ، يدلى أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد اثباتها ، ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ، ولكن لا عن طريق محدد ، بل عن طريق الشهرة العامة ، فالمعرفة الشخصية بالواقعة ، لا الشهرة العامة فى ذاتها ، هى التى تقوم عليها قوة الإثبات فى هذه الشهادة ، والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية عن طريق تحقيق سريع أمام قاضى أو موظف عام بإجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن اجراءات التحقيق المعتاد ، والشهادة بالشهرة العامة قوة فى الإثبات يحددها القانون فى كل حالة على حدة . (السنهورى – المرجع السابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن : لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الادلة فيها وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تورد دليلها ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض مادامت اقامت قضاءها على اسباب سائغة لها مأخذه من الأوراق بما يكفى لحمله ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع – فى حدود سلطتها التقديرية – استخلصت من شهادة الشهود الذين سمعهم الخبير المنتدب فى الدعوى ومما ثبت من الجنحة رقم ٢٧٥ سنة ٨١جنح الخليفة من ادلة الطاعنة الرابعة لإتلافها المشهد القائم على المقبرة الخاصة بالمطعون عليها الثانية ومن الترخيص الذى صدر لها بترميم المقبرة أن المطعون عليه الثانية واسرتها ينتفعون بالمقبرة المشار إليها منذ إنشاء المدفن وهو استخلاص سائغ له مأخذه من الأوراق بما يكفى لحمل قضاء الحكم فإن مجادلة الطاعنين فى كفاية الأدلة المقدمة إليها للوصول إلى نتيجة غير التى انتهت إليها لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية فى سلطة محكمة الموضوع تنحسر عنها رقابة محكمة النقض ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس . (طعن ٣٠٠٧ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٣/٨ ، وطعن ٩٠٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٨)

وبأنه إن تقدير كفاية أدلة الصورية هو ما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ، فإن تقدير اقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان تلك المحكمة فلها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله متى كان المعنى الذى أخذت به لايتجافى مع عباراتها وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تؤدى إلى النتية التى انتهت إليها كما أن تقدير القرائن وكفايتها فى الإثبات هو ايضا مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائغا " (طعن ٩٤٧ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١) .

ما يجب أن يشترط فى الشهادة من شروط موضوعية :

يجب أن يتوافر فى موضوعها الشروط العامة :

يجب أن يتوافر فى موضوع الشهادة الشروط العامة فى محل الإثبات بأن يكون موضوعها واقعة قانونية متنازعة فيها ، متعلقة بالدعوى ، منتجة وفيها ويمكن إثباتها أو على الأقل جائزة الإثبات قانونا .

أن تكون جائزة الإثبات قانونا :

يجب أن يكون موضوع الشهادة مما يجيز القانون إثباته بشهادة الشهود.

أن تصدر الشهادة فى مجلس القضاء :

الأصل أن تكون الشهادة شفوية وأن تصدر فى مجلس القضاء وذلك طبقا لما هو مقرر قانونا ومن ثم لا عبره للشهادة التى يدلى بها خارج مجلس القضاء أو التى تدلى بمجلس القضاء دون اتباع الإجراءات القانونية المقرر لذلك.

الفصل الثالث : القاعدة العامة للإثبات بشهادة الشهود

يجوز الإثبات بشهادة الشهود فى الوقائع المادية والتصرفات التجارية والتصرفات المدنية التى لم تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه مصرى ولم تكن ثابتة بالكتابة وسوف نلقى الضوء على كل عنصر من هذه العناصر على النحو التالى:

<u>أولا : اثبات الوقائع المادية :</u>

أن محل الإثبات كما سبق القول ينصب على الواقعة القانونية وأنها تنقسم الى التصرفات قانوينة ووقائع مادية والأصل فى اثبات التصرفات القانونية الكتابة أما الوقائع المادية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها الشهادة .

وعلى ذلك فالوقائع المادية أيا كان نوعها أو طبيعتها يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات أن يجوز إثبات بشهادة الشهود والقرائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذى حدده القانون فى شأن إثبات التصرفات القانونية ، ويكون طلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المطعون ضده وقع بالبصمة المطموسة الموجودة على العقد لإثبات التصرف القانونى ذاته – يكون منه طلبا لإثبات واقعة مادية أمر تحقيق صحتها متروك لقواعد الإثبات العامة بحيث يجوز اثبات حصولها بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود . (نقض ١٩٧٥/٢/١٧ طعن ٢١٠ لسنة ٤٠ق مج س٢٦ ص٤٠٦). وبأنه " الدليل لا ارتباط له بالمسئولية فى حد ذاتها تعاقدية كانت أو غير تعاقدية وانما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته ، فقد تكون المسئولية تعاقدية ويكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن وذلك بالنسبة للوقائع التى يكون فيها موقف الخصم المراد إثباتها فى حقه موقفا سلبيا فيكون الحصول منه على كتابة مثبتة لها معقبا على محض ارادته ان شاء اصدرها وإن شاء رفض ولا يكون لخصمه حيلة ازاء رفضه وكان لا موجب قانونا لإلزام هذا الأخير بافراغ ما يصدر منه فى شأنها فى شكل اعذار رسمى لخصه يتم على يد محضر فلا يعتبر الاعذار شرطا لوجودها ولا دليل مطلوبا لاثباتها إذ هى لم تصدر من الخصم المطلوب إثباتها فى حقه ولا دور له فيها اللهم الا موقفه السلبى منها بالرفض فهى لا تعدو فى حقه واقعة مادية صرف . لما كان ذلك ، وكانت المطالبة بالوفاء تصدر من الدائن لا من المدين وموقف المدين منها موقف سلبى ولا التزام عليه فى اصدار كتابة بها لخصمه ولا موجب قانونا يلزم خصمه بافراغها فى شكل اجراء رسمى اعذار أو غيره فإن الاعذار لا يعتبر شرطا لوجودها ولا دليلا مطلوبا لاثباتها فتضحى مجرد واقعة مادية بالنسبة لخصمه ولو تضمنت تصرفا قانونيا صادرا بالارادة المنفردة منه طالما أنه لا يحتاج إلى قبول من خصم له . (نقض ١٩٨٣/١/٢ طعن ١٢٩٩ لسنة ٥١ق) .

ويجوز أيضا اثبات الأفعال الضارة بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذى حدده القانون فى شأن إثبات التصرفات القانونية ، وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن طلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المطعون ضده الأول وقع بالبصمة المطموسة الموجودة على العقد لإثبات التصرف القانونى ذاته فإنه يكون منه طلبا إثبات واقعة مادية أمر تحقيق صحتها متروك لقواعد الإثبات عامة بحيث يجوز إثبات حصولها بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود . (نقض ١٩٧٥/٢/١٧ طعن ٢١٠ لسنة ٤٠ق مج س٢٦ ص٤٠٦). وبأنه" الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليها متضامنين بأن يدفعا إلى المدعية مبلغا تعويضا لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى علبة استودعتها السيد هى دعوى متضمنة فى الواقع دعويين الأول اساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقع الجريمة وإثبات الجريمة جائز قانونا بأى طريق من طرق الإثبات فهى دعوى غير متوفقة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة الاصلية عرضية من ناحية ان الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها والثانية موجهة إلى السيد واساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حالة تأدية وظيفته عنده وهذه ليس مطلوبا فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن "(نقض ١٩٤٧/٥/١ ص٤٣٢ مجموعة عمر – الجزء الخامس). وبأنه " المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة ان تغيير الحقيقة فى الأوراق الموقعة على بياض ممن استؤمن عليها هو نوع من خيانة الامانة ، يرجع فى إثباته للقواعد العامة ومن مقتضاها أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو فى الورقة الموقعة على بياض إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختيارى فنعدئذ يعد تغيير الحقيقة فيها تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق ، والاحتيال أو الغش الذى يجعل من تغيير الحقيقة فى الورقة الموقعة على بياض تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق هو الذى يكون قد استخدم كوسيلة للاستيلاء على الورقة ذاتها حيث ينتفى معه تسليمها بمحض الارادة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه ادعت تزوير عقد الايجار المقدم من الطاعن على سند من أنه استغل فرصة لجوئها إليه لمساعدتها فى تقديم طلبات إلى وزارة الشئون الاجتماعية للحصول على معونة أو لتعيينها فى احدى الوظائف ، وأنه استغل اميتها وثقتها فيه فاستعمل المحرر الذى وقعت عليه لكتابة عقد الايجار مثار النزاع وكأن مؤدى ما سلف أن المطعون عليها هى التى سلمت الورقة الموقعة على بياض للطاعن اختيارا ، وانه غير الحقيقة فيها وملأ بياناتها بعقد الايجار على غير المتفق عليه بينهما

وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد ادعاء المطعون عليها تسليمها المحرر الموقع منها على بياض من قبيل الاحتيال الذى يجعل من تغيير الحقيقة فيه تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون على واقع الدعوى بخروجه على قواعد الإثبات "(نقض ١٩٧٨/٦/١٤ طعن ١١٧ لسنة ٤٤ق مج س٢٩ ص١٤٦٧).
وبأنه" متى كان الثابت ان الواقعة كما حصلها الحكم المطعون فيه هى أن المطعون عليهما وقعا على عقد ايجار مطبوع وتركا بياناته على بياض ثم سلماه إلى الطاعن وهو شقيقهما ليتولى تأجير حصتهما فى شونة إلى الغير ، غير أن الطاعن ملأ الفراغ أسفل عقد الايجار بعقدين يتضمنان ان المطعون عليهما باعا إليه نصيبهما فى الشونة المذكورة فإن التكييف الصحيح للواقعة على هذه الصورة هو انها تزوير لا خيانة امانة إذا أن انشاء العقدين المزورين اللذين كتبا اسفل عقد الايجار المتفق عليه وفق توقيع المطعون عليهما كمؤجرين انما هو تغيير للحقيقة بالاصطناع ، وإذ كيف الحكم المطعون فيه الواقعة أنها تزوير وأجاز بالتالى اثباتها بكل الطرق ، وأقام قضاءه على أسباب مستقلة عن اسباب محكمة أول درجة فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون والتناقض بتأييد الحكم الابتدائى – يكون فى غير محله " (نقض ١٩٧٥/١١/٢٥ طعن ٦٠١ لسنة ٤٠ق مج س٢٦ ص١٤٧٠).

بالرغم من أن نشوء الالتزام التعاقدى لا يثبت الا عن طريق الكتابة إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه إلا أن الإخلال به يعد فعلا ماديا يجوز إثباته بشهادة الشهود.

وكذلك الحال بشأن تنفيذ الالتزام العقدى إذا كان محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، أما إذا كان محله اعطاء شئ فإن الوفاء به يكون عملا قانونيا تسرى عليه قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة فيما يجوز نصاب شهادة الشهود ما لم يكن الوفاء قد تم عن طريق استيلاء الدائن على محل الالتزام استيلاءا ماديا . (د/ سليمان مرقص – المرجع السابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين فى ماكينة للرى والطعن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها فى عقد الشركة ، ثم عدلا عن هذه الطريقة إلى طريقة أخرى ، ثم اختلفا يعد ذلك على طريقة الاستغلال فاضطر احدهما إلى استغلالها بطريقة المهايأة الزمنية إذ كانت هذه هى الطريقة الوحيدة الممكنة ، فإنه لا يكون هناك من حرج فى عدم التعويل على الطريقة الواردة فى العقد بعد ثبوت العدول عنها ، ويجوز للمحكمة ان تثبت حصول الانتفاع بطريقة اخرى معينة بجميع وسائل الإثبات ، إذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادية "(نقض ١٩٤٣/٣/٢١ طعن رقم ٤١ لسنة ١٢ق).

وبأنه العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها وانما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الايجار الا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الملحقات وجب اعمال اتفاقهما والا وجب الرجوع إلى قصد المتعاقدين وطبيعة الالتزام واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الإثبات لان هذه الأمور من قبيل الواقع المادى الذى يجوز إثباته بكافة الطرق "(طعن رقم ٥٠١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١). وبأنه" إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين ، لا إلى تصرف قانونى ، بل إلى واقعة مادية هى استيلاء المؤجر على الزراعة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة وأن قيمة ما استولى عليه تزيد على قيمة الايجار المطالب به ، فإنه لا تثريب على المحكمة ان هى حالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة حتى ولو كان الايجار الذى يتمسك ببراءة ذمته يزيد على نصاب البينة (شهادة الشهود) "(نقض ١٩٥٤/١٠/٢٨ طعن ٣٢٢ لسنة ٢١ق مج س٦ص٥٥). وبأنه " مفاد نص المادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ (المقابلة للمادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمعمول به ابتداء من ٩ سبتمبر ١٩٧٧) فى شأن ايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر – ان المشرع قد فرض على المؤجر التزاما بتحرير عقد ايجار يثبت فيه بيانات معينة حماية للمستأجر وانه نظرا للأهمية البالغة التى علقها المشرع على فرض هذا الالتزام فقد أباح للمستأجر عند المخالفة إثبات العلاقة الايجارية بكافة طرق الإثبات "(الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/١/١٧). وبأنه " عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما تلتزم به فى عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد إذ لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه "(نقض ١٩٦٧/١١/١٦ طعن ٢٢٢ لسنة ٣٤ق مج س١٨ ص١٧٠٧). وبأنه " يجوز تاسيسا على المادتين ٣/٨٢٨ و٢/٧٠١ من القانون المدنى للشريك فى علاقته بالشريك الآخر الذى تصرف به الحصول الناتج من زراعتها أن يثبت فى حدود هذه العلاقة صدور هذا التصرف منه بوصفه من اعمال الإدارة وذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن على أساس أن هذا التصرف يعتبر بالنسبة له بمثابة واقعة مادية "(طعن رقم ٤١ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٣/٢١) .

وتعد عيوب الرضا والرضا الضمنى ونية الإضرار بالعين أفعال مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود :

فالأفعال التى يستدل منها على علم الشخص بواقعة معينة كعلم الشفيع بالبيع فى ظل القانون القديم أو علم المشترى بالعيوب الخفية أو علم المتعاقد بسفه المتعاقد الآخر ، أو علم المتصرف اليه الصورى بالعقد المستتر ، أو الغش الذى يبطل التصرفات وكذلك العرف المتبع ، أو أجر المثل ، أو ثمن المثل حيث يحيل القانون أو العقد على أى منهما ، فإنها تعتبر كلها أفعالا مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود أيا كانت قيمة العقد .(مرقص - المرجع السابق).

وقد قضت محكمة النقض بأن : مؤدى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن المشرع لم يكتف بمجرد الحصول على ترخيص خاص من المالك بالتأجير من الباطن ليحول دونه ودون طلب الاخلاء ، بل شرط كذلك أن يكون كتابة ، مما مؤداه انه فى الأصل لا يجوز المنازعة فى حصول إثباته بغير هذه الوسيلة التى حددها المشرع ، فإثبات الاذن بالتنازل الصريح يجب أن يكون كتابة أو ما يقوم مقامها من عين أو غراء غير أن الكتابة فى الاذن الخاص ليس وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ركنا شكليا بل هى مطلوبة لإثبات التنازل عن الشرط المانع لصحته ، فيمكن الاستعاضة عنها بالبينة أو بالقرائن فى الحالات التى تجيزها القواعد العامة استثناء فيجوز إثبات التنازل الضمنى بالبينة اعتبارا بأن الارادة تستمد من وقائع مادية وهى تثبت بجميع الوسائل لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليه الأول علم بواقعة التأجير من الباطن لسكنه بذات العقار الكائن به محل النزاع ولم يعترض عليها واستلامه الاجرة وبعض موجودات المحل من المطعون عليها الثانى المستأجر من الباطن ووافق على ما اجراه هذا الأخير من تركيبات بالحانوت وقالا أن ذلك يعد موافقة ضمنية على تنازله عن شرط الحظر ، ولما كان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير به ان صح وجه الرأى فى الدعوى ، وأغفل الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع فإنه يكون معيبا بالقصور ومخالفة القانون . (نقض ١٩٧٩/٦/٦ طعن ١٣٨٥ لسنة ٤٧ ق مج س٣٠ع٢ ص٥٦٤). وبأنه " إن إثبات الأدلة من الوقائع الثابتة مما يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا ، وإذ كان سكوت المطعون ضدهم عن التمسك بفسخ العقد أمام اللجنة القضائية للاصلاح الزراعى لدى نظر طلب الاعتداد به وقبولهم افرار الطاعن بتعهده بعدم التأخير فى سداد الثمن كله أو جزء منه وتمسكهم بمحتواه ، كلها أمور واقعية ليست دلالة قانونية معينة قبلهم ، فلا تصلح بذاتها تنازلهم عن حقهم فى طلب نسخ العقد وكانت محكمة الموضوع قد خلصت إلى ما جاء فى الحكم المطعون فيه انه " ليس فى الأوراق ما يفيد أن المستأنفين والمطعون ضدهم سبق ان تنازلوا عن حقهم فى طلب الفسخ" ، وهو استخلاص سائغ ومقبول أخذا به وأطمأن إليه وجدانها ، كما أنه كاف لحمل قضائها وفية الرد الضمنى على كل ما أثاره الطاعن ، فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب يكون فى غير محله "

ويجوز إثبات الاستيلاء بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود باعتبارها واقعة مادية وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان الثابت أن المبلغ الذى طلبته المطعون عليها وقضى به ضد مورث الطاعنين يمثل قيمة ربع أطيان حصلها من المستأجرين وثمن بالتى خيش ، وتستند المطعون عليها فى ذلك إلى تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى استيلاء مورث الطاعنين على هذه المبالغ بغير وجه حق ومن ثم فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة . (نقض ١٩٧٧/٤/٢٦ طعن ٧٠٠ لسنة ٤٢ق مج س٢٨ ص١٠٤٠).

وبأنه" أن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان فى حيازته ماديا من عقار أو منقول أو نقد وكذلك استيلاء وارث ما على شئ من مال التركة عقارا كان أو منقولا أو نقدا كل ذلك من قبيل الوقائع التى لا سبيل لاثباتها الا بالبينة ، وانما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التعاقدى الذى يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانونا عنهم دليل قانونى يدل عليه ، وإذن فلا يصح الطعن فى الحكم بمقولة انه اخطأ فى قبول شهادة الشهود على وجود المبلغ المتروك وتحديده مع انه ليس فى الدعوى دليل يفيد أن المورث ترك مالا نقدا أو يفيد أن المبلغ المتروك عن هذا المورث هو كذا غير اقرار من الطاعن نفسه "(نقض ١٩٣٥/٥/٢٣ طعن ٩٨لسنة ٤ق مجموعة القواعد القانونية ص٣٩ القاعدة ١١٠). وبأنه " إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين لا على تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى استيلاء المؤجر على الزراعة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة وإن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الايجار المطالب به ، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هى احالت الدعوى الى التحقيق لإثبات هذه الواقعة حتى ولو كان الايجار الذى يتمسك المستأجر ببراءة ذمته منه يزيد على نصاب البينة "(نقض١٩٥٤/١٠/٢٨ ص٤٠ق١١٥٥ مجموعة القواعد القانونية) .

<u>إثبات الفضالة والإثراء على حساب الغير :</u>

أعمال الفضالة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق – بما فى ذلك شهادة الشهود – حتى ولو كان من بين هذه الاعمال تصرف قانونى قام به الفضولى ، غير أنه لايجوز إثبات هذا التصرف القانونى فيما بين الفضولى ومن تعاقد معه إلا بالكتابة فيما زاد على مبلغ خمسمائة جنيها وعلى ذلك إذا قام الفضولى – مثلا – يجنى محصول رب العمل أو بترميم منزله بنفسه جاز لرب العمل إثبات جنى المحصول بشهادة الشهود وجاز للفضولى أن يثبت بذات الطرق قيامه بترميم المنزل ، أما إذا تعاقد الفضولى مع مقاول على ترميم منزل رب العمل أو قبل اشتراطا لمصلحة رب العمل ، فغن إثباته هذه التصرفات فما بينه وبين من تعاقد معه لا يكون إلا بالكتابة فيما يجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود ، أى فيما يزيد على خمسمائة جنيه مصرى .

وإذا تولى شخص عملا لاخر وادى هذا العمل إلى افتقار فى جانب ذلك الشخص وإلى أثراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانونى فإنه يصح إثبات كل ذلك بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود ذلك لأن الاثراء والافتقار من الوقائع المادية التى يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية .(إنظر المستشار سمير البغال – المرجع السابق) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : مؤدى نص المادة ١٧٩ من القانون المدنى أنه إذا تولى شخص عملا لآخر وأدى هذا العمل إلى افتقار فى جانب ذلك الشخص وإلى اثراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الاثراء بلا سب قانونى ، فإن المثرى يلتزم بتعريض المفتقر بأقل القيمتين الاثراء أو الافتقار ، ولما أن الاثراء والافتقار من الوقائع المادية فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقرائن ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى على سند من انها تقوم على عقد مقاولة تزيد قيمته على عشرين جنيها دون أن يثبت بالكتابة ورفض على هذا الأساس اجابة الطاعن المقاول – إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات انه هو الذى اقام المبانى – لصالح المطعون عليه – فغنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

وتعد الملكية بالميراث واقعة مادية يجوز إثباتها بشهادة شهود وقد قضت محكمة النقض بأن : الملكية بالميراث من الوقائع المادية وكذلك الحال بالنسبة لوضع اليد فيجوز إثبات ايهما بكافة طرق الإثبات ، ومن ثم فلا تثريب على المحكمة أن هى اعتمدت فى تحقيق كل منهما بوصفه سببا مستقلا لاكتساب الملكية على تحقيق اجراء الخبير واقوال شهود سمعهم دون حلف يمين

ويجوز إثبات وضع اليد بشهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات والعبرة فيه بما يثبت قيامه فعلا وإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق فيجب الأخذ بالواقع واطرح ما هو غير حاصل ، فلا على المحكمة إذ هى احالت دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى فيها بإثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ، ولا يحول دون ذلك أن يكون بيد الطاعن محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق . (نقض ١٩٥٠/٦/١٥ مجموعة المكتب الفنى السنة الأول ص٦١١، نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص٩٣٨ ، نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ مج س ٢١ ص٩٠٣). وبأنه" لئن كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق من أى مصدر يستقى القاضى منه دليله ، ولا محل لطرح ما تقرره محكمة الموضوع بشأنها على محكمة النقض ، الا أنه يجب أن يعرض الحكم المثبت للتملك بالتقادم لشروط وضع اليد فيبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها ، وإذ لم يرد بالحكم المطعون فيه ما يفيد تحقق هذه الشروط فإنه يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون" (نقض ١٩٦٩/٦/١٠ طعن ١٦٢ لسنة ٣٥ق مج س٢٠ ص٩٠٣). وبأنه " لما كان وضع اليد واقعة دمادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وإن العبرة فيها بما يثبت قيامه فعلا ولو خالف ما هو ثابت فى الاوراق ، وكان الحكم برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يقف اثره عند وجوب الاستمرار فى نظر الدعوى ولا يتعداء لينال من حجية ذلك الحكم ، فلا يحول دون الاستناد اليه كقرينة على ثبوت الحق محل النزاع أو نفيه متى كان يجوز إثبات هذا الحق بالبينة والقرائن " (نقض ١٩٨٢/١/٢٦ طعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٣ق)

وبأنه إن وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات من أى مصدر يستقى منه القاضى دليله والعبرة فيه بالواقع الفعلى وإن خالف الثابت من الأوراق ، وليست بالتصرف القانونى الذى قد يطابق أولا يطابق الحقيقة " (نقض ١٩٨١/١١/٢٤ طعن ٤٢٣ لسنة ٤٨ق) .

ويعد الإسناد إلى قانون أجنبى واقعة مادية يجوز إثباتها شهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : إن الاسناد إلى قانون اجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم اقامة الدليل عليها وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن الطاعن قدم إلى محكمة الموضوع القانون الشعودى الذى يقول أنه لا يجيز الحكم بالفوائد فى المسائل التجارية فلا على الحكم المطعون فيه ان إلتفت عن هذا الدفاع الذى جاء عاريا عن الدليل . (الطعن ١٥٧٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٧). وبأنه" إذا كانت الطاعنة لم تقدم السند الذى يبيح لها طلب ابطال الوصية من نصوص القانون الاسبانى عملا بالمادة ١٧ من القانون المدنى ، وكان الاستناد إلى قانون اجنبى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم اقامة الدليل عليه فإن النعى لا يكون مقبولا " (نقض ١٩٧٧/١/١٩ مج س ٢٨ ص٢٧٦) .

ويجوز أيضا إثبات الوقائع الطبيعية عن طريق شهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : الهلاك الكلى فى معنى المادة ٢/٣٧٠ من التقنين المدنى القديم المقابلة للمادة ١/٥٦٩ من القانون المدنى الحالى - هو أن يلحق الدمار العين المؤجرة فيأتى عليها كلها أو يجعلها غير صالحة جميعها لاداء الغرض الذى اجرت من اجله ، والهلاك هنا مادى يلحق مقومات العين المؤجرة وكيانها الذاتى ولئن انعقد الاجماع على منح نفس الأثر للهلاك المعنوى أو القانونى الذى لم يمس نفس الشئ المؤجر فى مادته الا أنه يحول دون ادائه المنفعة التى قصد أن يستوفيها المستأجر منه ، الا أن شرطه أن يحول دون الانتفاع بالعين جميعها والا يكون المانع مؤقتا بل دائما ، فإن لم يترتب الا انتفاء الفائدة من جزء من العين او كان المانع مصيره إلى الزوال قبل انتهاء مدة العقد اعتبر الهلاك جزئيا ، ومسألة ما إذا كان الهلاك كليا أو جزئيا من مسائل الواقع التى تخضع لسلطان قاضى الموضوع وتقديره دون رقابة محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا . (نقض ١٩٧٧/١١/١٦ طعن ٤٢١ لسنة ٤٤ق).

<u>كيفية إثبات الصورية :</u>

تنص المادة ٢٤٤ على أن " إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم . وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين " .

المقصود بالصورية :

يقصد بالصورية أن يتفق الطرفان على اجراء تصرف ظاهر غير حقيقى يخفى حقيقة العلاقة بينهما ، أو هى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى فهى تتضمن مهما كان الشكل الذى تتخذه وجود اتفاق خفى يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم أو يغير أو ينقل أثاره (جمال ذكرى بند ٤١٦) فهى على هذا النحو تتميز عن التدليس المعيب للرضا فى أنها تقوم على تواطؤ الطرفين فلا يغش أحدهما الآخر كما تتميز عن التزوير لأن كلا الطرفين عالم بها ومن ثم لا يجوز الطعن فى عقد بالتزوير لصوريته ، وهى تتميز عن التحفظ الذهنى فى أنه يستقل به أحد العاقدين بإظهار إرادة وإبطائه أخرى وهى تختلف عن الاتفاق اللاحق على تعديل عقد سابق أو العدول عنه إذ فى هذه الحالة يوجد عقدان حقيقيان وهى تنتفى كلما وجد عقد جدى ولو كان طرفاه قصدا به الوصول إلى غرض آخر فوق الغرض المباشر من العقد كتصرف المدين تصرفا جديا إضرارا بدائنيه ، وهى لا تقوم إذا أفصح الطرفان فى العقد الظاهر عن العقد المستتر كالشأن فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير لأن شرط الصورية أن يبقى العقد المستتر الحقيقى سرا بين الطرفين . (السنهورى بند ٦١٥) وإذا كان أكثر ما تكون الصورية فى العقود إلا أنها قد تكون فى التصرف من جانب واحد إذا كان موجها إلى شخص معين كالتنازل عن حق عينى أو الإبراء من دين كما قد تكون فى أحكام رسو المزاد (السنهورى بند ٦٦ - غانم بند ٨٦ - ويراجع الدكتور أحمد مرزوق فى رسالته عن نظرية الصورية فى التشريع المصرى ص٥ وما بعدها وص٨٩ وما بعدها) .

اختلاف دعوى الصورية عن الدعوى البوليصية :

بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدنى (قديم) يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله أما بالدعوى البوليصية وأما بدعوى الصورية . والدعويان وأن كانتا تتفقان من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيها هو الإضرار بالغير إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففى الدعوى البوليصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه أما فى دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له ، تقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها عنه آخر أو نفذ عليه دائن له كان ذلك صحيحا . وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين الدعوى التى يتحقق بها غرضه . فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته ، وكانت مع ذلك قد عرضت فى أثناء البحث إلى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيدا لا يستوجب نقض الحكم . ثم أن لمدعى الصورية أن يضم إلى طلب ملكيته للأرض موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذى حصل فيها .

وفى هذه يكون الحكم بثبوت الملك للمدعى وبإبطال التصرف لثبوت صوريته سليما ، ثم أنه إذا كان الحكم مؤسسا على الصورية فإن البحث فى أسبقية دين نازع الملكية (الطاعن بالصورية) على التصرف لا يكون له محل" (١٩٤٠/١٢/١٢ - م ق م - ٣ - ٧٥٧ وراجع حكمها الصادر فى ١٩٥٤/٦/١٠ - م ق م - ٦ - ٧٥٧) . وبأنه " لمن يطعن على التصرف بالبيع الخيار بين استعمال دعوى الصورية أو الدعوى البوليصية حسبما يتحقق بأيهما غرضه فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت غرضه فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته وكانت مع ذلك قد عرضت فى اثناء البحث إلى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيداً " (١٩٧٩/٢/٢٨ الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٤٥ق) . وبأن " العلة فى وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولا حتى إذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخبرة فيحاول اثبات الصورية أولا ثم ينتقل أن هو أخفق فيها إلى عدم النفاذ " (١٩٧٧/٥/٤ فى الطعن ٥ لسنة ٤٣ق) .

<u>أنــواع الصــورية :</u>

الصورية قد تكون مطلقة ، وقد تكون نسبية ، والأخيرة قد يكون بطريق التستر ، وقد تكون بطريق المضادة وقد تكون بطريق التسخير . ويقصد بالصورية المطلقة التى تتناول وجود التصرف ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ولا يخفى تصرفا آخر حقيقيا والصورية بطريق التستر تتناول نوع العقد أى تكييفه دون وجوده كالحال فى ستر الهبة وهى التصرف الحقيقى الخفى فى صورة عقد بيع ظاهر ، والصورية بطريق المضادة لا تتناول وجود العقد ولا تكييفه وإنما تتناول ركنا فيه أو شرطا من شروطه كالبيع الذى يذكر فيه ثمن أقل أو أكبر أو تغيير تاريخ العقد ، أما الصورية بطريق التسخير فتتناول شخصية أحد المتعاقدين ويقصد بها إخفاؤها تحت اسم شخص آخر يظهر فى العقد أما إذا كان الاتفاق قد تم بين العاقد الحقيقى وبين الغير الذى يظهر اسمه بدلا منه فى العقد دون أن يعلم بذلك الطرف الآخر فى العقد ، فهذه هى صورة الاسم المستعار وهى صورة من صور الوكالة حيث يعير الوكيل اسمه إلى الموكل فى التصرف الذى يبرمه لصالح الأخير فيكون التصرف جديا نافذا بين الوكيل والمتصرف معه ولكن آثاره تنصرف الى الموكل فى خصوص علاقة هذا الأخير بالوكيل (يراجع التعليق على المادتين ١٠٦ ، ٧١٣ - ويراجع فيما تقدم السنهورى بند ٦٠٩ حتى ٦١٣ - جمال زكى بند ٤١٦ - غانم بند ٨٥ - الدكتور أحمد مرزوق فى رسالته عن نظرية الصورية فى التشريع المصرى ص١٠٠ وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الصورية النسبية التى تخفى على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدنى . وهذه الصورية النسبية لا تنتفى بانتفاء الصورية المطلقة أو بتخلف شروط الدعوى البوليصية كلها أو بعضها لاختلافها عنهما أساسا وحكما . فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قصر ببحثه عن ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلق بصورية عقد البيع صورية مطلقة بالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للأضرار بحقوقه وأغفل بحث دفاع الخصمان إخفاء الرهن وراء البيع مع أنه دفاع جوهرى لو صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى . فإن الحكم يكون قاصرا فى التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه (١٩٦٦/١٢/٦ – م نقض م – ١٧ – ١٧٧٠). وبأنه " صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه إلى العقد ذاته . فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها فى الدعوى" (١٩٦٦/٣/٢٤ – م نقض م – ١٧ – ٧٢٣) . وبأنه " متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن إلى المطعون عليه الأول أقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المطعون فيه كيانا حقيقيا ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيقى لهذا العقد هو أنه ليس بيعا كظاهر نصوصه وإنما هو رهن مستتر للأطيان المبنية فيه تأمينا لما عساه أن يدفعه عنه المطعون عليه الأول مما يفيد أن الطاعن إنما أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة ، فإن هذا الحكم يكون قد أخطأ فى تكييف الدعوى وشابه القصور " (١٩٥٤/٣/١١ – م ق م – ٦٤ – ٧٦٥) وبأنه " إذا كان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن الطاعنين اقروا بصدور البيع فعلا من البائع وانحصر النزاع فى شخص المشترى دافع الثمن إذ تمسكوا بأنه هو مورثهم بينما تمسكت المطعون عليها بظاهر العقد وإنها هى التى قامت بأداء الثمن فإن هذا النزاع القائم حول شخصية المشترى لا يستقيم معه القول بأن العقد منعدم لصوريته صورية مطلقة " (١٩٦١/٣/٢٣ – م نقض م – ١٢ – ٢٦٠) . وبأنه " لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن صورية عقد البيع محل النزاع هى صورية نسبية ولا تعدو ستر التبرع الذى كان مقصودا بهذا العقد

لا توجد الصورية إلا إذا كانت إرادة الطرفين لم تنصرف فى أى وقت انصرافاً جدياً إلى التصرف الظاهر :

إذا كانت الصورية تفترض وجود تصرف ظاهر وآخر مستتر لمحوه أو تعديله ، فلا توجد الصورية إلا إذا كانت إرادة الطرفين لم تنصرف فى أى وقت انصرافا جديا إلى التصرف الظاهر ، وإنما كانت متجهة من بادئ الأمر إلى محو أثاره أو التعديل فيها فإن لازم ذلك أن يكون كل من التصرفين متعاصرين ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا فى وقت لاحق ، أما إذا أبرم الطرفان عقدا جديا ثم اتفقا بعد ذلك على العدول عنه أو التعديل فيه فإن ذلك يعتبر اتفاقا جديدا لا تتحقق به الصورية (غانم بند ٨٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه : إذا استخلص الحكم المطعون فيه مما أورده الخبير فى تقريره أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار - بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها - أن العقد وأن كان فى ظاهره بيعا ألا أن طرفيه قصدا به فى الحقيقة منذ البداية إلى أن يكون ساتر لرهن حيازى فإن الحكم لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - فى اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وان اختلف تاريخهما " (١٩٧٤/٤/٩ -م نقض م - ٢٥ - ٦٥٨) .

هل تصرف المالك لأولاده إستجابة لقانون الإصلاح الزراعى يعد صورياً ؟

تصرف المورث فى الأطيان الزائدة إلى أولاده استجابة لقانون الاصلاح الزراعى لا يعد بيعا صوريا ومن ثم فإن القول بعدم تحميل التركة ريع تلك الأطيان باعتباره دينا عليها ، يكون على غير أساس " (١٩٧٢/١١/٢٩ - م نقض م - ٢٣ - ١٢٩٥) .

<u>الصورية ترد على الأحكام :</u>

الصورية كما تكون فى العقد يصح ان تتصور فى الأحكام وبخاصة مرسى المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه " (١٩٤١/١٢/١١ - م ق م - ٤٨ - ٧٦٣) .

<u>أثــر الصوريــة :</u>

الصورية ليست بذاتها سببا للبطلان أو الإبطال إذ التصرف الصورى غير موجود ، فيقتصر أثرها فى حالة الصورية المطلقة على اعتبار أن تصرفا لم يبرم بين الطرفين ، وفى حالة الصورية النسبية على الاعتداد بالتصرف الحقيقى فهو الذى يكون محل البحث من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ فإذا أخفى المتعاقدان الهبة فى صورة عقد بيع لم يكن ذلك سببا لبطلان تعاقدهما وإنما ينحصر أثره فى إجراء أحكام الهبة على التصرف دون أحكام البيع . وتكون العبرة إذن من حيث المشروعية والبطلان بالتصرف الحقيقى المستتر فإذا كان العقد الظاهر يخفى عقدا مخالفا للقانون كان هذا العقد الأخير باطلا ولكن هذا البطلان لا يرجع إلى الصورية وإنما يرجع إلى إنزال حكم القانون على العقد الحقيقى الذى اتجهت إليه إرادة العاقدين ، ولذلك فإن البطلان لا ينال العقد الحقيقى المستتر ما دام مشروعا

وقد قضت محكمة النقض بأن : الدعوى بصحة ونفاذ العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هى دعوى موضوعية تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، وهو ما يقتضى أن تبحث المحكمة فيها موضوع العقد وصحة البيع وتتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ويتسع لبحث كافة ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وصحته أو بطلانه ومنها أنه صورى صورية مطلقة

فمن شأن هذه الصورية أن صحت أن ينعدم بها وجود العقد قانونا وهو ما يحول دون الحكم بصحته ونفاذه إذا كان للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك - باعتباره من العين - بصورية التصرف الصادر من البائع له إلى مشتر آخر صورية مطلقة ولو كان التصرف مسجلا ليتوصل بذلك إلى محوه من الوجود ليحكم له هو بصحة عقده " (١٩٧٨/١١/٢٩ - فى الطعن رقم ٧١٢ لسنة ٤٥ق) . وبأنه " إذ كان المطعون فيه قد قضى بصورية التفاسخ - عن عقد البيع الأول - الذى تضمنه عقد الصلح المبرم بين طرفى هذا العقد . بعد أن بحث أركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحقق من صحته وتوافر أركانه ونفاذه بين عاقديه ، فإنه يكون ذلك قد قضى ضمنا بصحة ذلك العقد ، الذى رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثانى الصادر من المشترية الأولى إلى المشترى الأخير . (١٩٧١/٣/١٨ -م نقض م - ٢٢ - ٣٤٧) . وبأنه " إذ كان الحكم المطعون قد انتهى إلى اعتبار عقد الطاعنين - المشترين الآخران - صوريا صورية مطلقة فإن مؤدى ذلك ألا يكون لهذا العقد وجود فى الحقيقة ، وبالتالى فلم يكن هناك ما يدعو الشفعاء إلى توجيه طلب الشفعة إلى الطاعنين عملا بنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى ولا على الحكم أن هو لم يتعرض لدفاع الطاعنين فى هذه الخصوص " (١٩٧٠/٤/١٤ - م نقض م - ٢١ - ٦١٨) . وبأنه " إذ يبين الحكم المطعون فيه أن المحكمة انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن عقد مورث الطاعنين صورى صورية مطلقة وأن الأطيان التى وضع اليد عليها استنادا إلى هذا العقد لا زالت باقية على ملك المطعون عليها الثانية البائعة صوريا ورتب على ذلك انتفاء نية الملك لدى الطاعنين ومورثهم من قبل فإنه يكون قد التزم صحيح القانون إذ أن وضع اليد فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية ولا يؤدى إلى كسب الملكية مهما طالت مدته " (١٩٧٦/٣/٢٣ - م نقض م - ٢٧ - ٧٢٨) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد الأدلة السائغة التى تؤدى إلى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة وانتهى إلى القول بأن لا محل للمفاضلة بين هذا العقد الباطل وبين عقد المطعون عليها إذا لا تتأتى المفاضلة إلا بين عقدين صحيحين ، فإنه يكون قد رد ضمنا على ما أثاره الطاعن بشأن صورية عقد المطعون عليها مطرحا هذا الوجه من دفاعه " (١٩٧٣/٦/٢٦ - م نقض م - ٢٤ - ١٩٦٧) . وبأن " قبول طلب بطلان الإجراءات - فى التنفيذ العقارى - يتوقف على قبول استحقاق العقار . وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب الأخير لصورية عقد البيع الصادر لمورث الطاعن فإنه ينبنى على ذلك انتفاء صفة الحائز عنه وعدم أحقيته فى طلب بطلان الإجراءات (١٩٧١/٦/١٠ - م نقض م - ٢٢ - ٧٤٨)

هل للباعث تأثير على الصورية ؟:

مؤدى عموم نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن المناط فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولا يعتد فى ذلك بالباعث على الصورية سواء كان مشروعا أم غير مشروع وعلة ذلك أن أجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذى يقضى بسريان العقد الحقيقى الذى أراده المتعاقدان وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذى كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقى " (١٩٦٥/١٢/٢٠ - م نقض م - ١٦ - ١٣٨٥) . وبأنه " الباعث الذى أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه " . (١٩٤٩/١٢/١ - م ق م - ١ - ٧٥٦) وبأنه " إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت فى حكمها أن البيع كان متفقا على حصوله بين البائع والمشترى ، ثم قضت بعد ذلك بصورية عقد البيع على أساس أنه كان لمناسبة معينة ولغرض خاص ، فإن قضاءها يكون خاطئا إذ أن ما أثبتته يفيد جدية البيع من حيث هو ولا يتفق مع القول لأن الصورية تقتضى أن يكون العقد لا وجود له فى حقيقة الواقع " (١٩٤٢/٣/٢٦ - م ق م - ٤٠ - ٧٦٢) .

<u>ولا يلتزم فيها توافر سوء النية أو قصد الإضرار :</u>

ومن جهة فإن إجراء التصرف بسوء نية وبقصد الإضرار بالغير لا يفيد صوريته على ما أوضحنا آنفا فى التفرقة بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية وقد قضت محكمة النقض بأن " الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه . ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعيينه به " (١٩٣٩/٥/١١ - م ق م - ٢ - ٧٥٦) .

<u>مدى تأثير التسجيل أو ثبوت التاريخ على الصورية :</u>

يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع - كمشتر ثان - أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر من سلفة صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقدا جديا كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة إلى التصرف الصورى الصادر من البائع له على مشتر آخر" (١٩٧٣/٦/٢٦ - م نقض م - ٢٤ - ٩٦٧) . وبأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلاً (١٩٦٥/٥/٢٧ - م نقض م - ١٦ - ٦٥٥) . وبأنه " متى كان العقد صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا ، فتسجيله وعدمه سيان ، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله ولو كان دينه لاحقا له " (١٩٤٦/٤/٢٥ - م ق م - ١٥ - ٧٥٩)

وبأن العقد الصورى يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وإبطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فإنها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفى غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقى لاحقا لتاريخ العقد المسجل " (١٩٤٣/١١/٢٥ – م ق م – ١٦ – ٧٥٩ وبنفس المعنى فى ١٩٤٣/١٢/٣٠ – م ق م – ٢١٨ – ٣٨١ ، ٣٢/١/١٤ -م ق م – ٢١٩ – ٣٨٢ ، ١٩٤٦/٦/٦ – م ق م – ٥٦ – ٧٦٤ . كما قضت بأن " القصور الذى يعيب الحكم هو إغفاله الرد على دفاع جوهرى يتغير به أن صح وجه الرأى فى الدعوى ، وإذ كان لمحكمة الموضوع أن تقضى بالصورية ولو كان العقد مسجلا او ثابت التاريخ ، فإنه لا يعيب الحكم أنه أغفل الرد على دفاع الطاعنة من أن عقد البيع – المطعون عليه بالصورية – ثابت التاريخ" (١٩٧٧/١٢/٦ فى الطعن ٩٤ سنة ٤٤ق) .

هل هناك تلازم بين الصورية والإعسار ؟

تلازم بين الصورية والاعسار ، وإن كانت تنتفى فى غالب الأحوال بيسار المدين إذ تنتفى مصلحة المدعى فى الطعن على التصرف (غانم بند ٨٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون عقد الشراء الحاصل منه صوريا إذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتا ليسره ومقدرته على دفع الثمن فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر " (١٩٤١/١/٢ – م ق م – ٤٧ – ٧٦٣) .

أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير :

<u>المقصود بالغير فى الصورية :</u>

يقصد بالغير فى معنى الصورية فوق الخلف الخاص والدائنين الذين خصهما النص بالذكر ، كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه ، ومن ثم يعتبر مدين أحد الطرفين من طبقة الغير كما لو أحال دائنه حقه حوالة صورية . كما يعتبر الشفيع من طبقه الغير . ولا يلزم أن تربط الغير بأحد المتعاقدين رابطة عقدية . (إسماعيل غانم بند ٩٠ – ومرقص بند ٦٩٨ – وقارن السنهورى بند ٦٢١ حيث يرى أن الغير فى معنى الصورية يقتصر على الخلف الخاص والدائنين فقط ومن ثم لا يعتبر الشفيع أو المدين المحال عليه من طبقة الغير – وراجع فى المعنى نفسه جمال زكى بند ٤١٩ – أما مرزوق فى رسالته بند ١٤٣ فهو وأن حصر المقصود بالغير فى الخلف الخاص والدائنين إلا أنه يصل إلى ذات نتيجة الرأى الأول إذ أوضح أن الأجانب عن العقد تحميهم قاعدة نسبية أثر العقود ويصرح فى البند ١٥٣ بأن الشفيع من الغير)

ويلاحظ أنه لا يعتبر من طبقة الغير من اكتسب حقه من العقد الصورى كالشأن فى المنتفع فى اشتراط لمصلحة الغير فيجوز للمتعهد التمسك قبله بصورية عقد الاشتراط ولو كان حسن النية (السنهورى فى الجزء الثانى من ٦٢١ وفى الجزء الأول هامش بند ٣٨١ – ومرقص بند ٦٩٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الغير بالمعنى الذى تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى كما سلف القول إلى أن الطاعنة كانت أحد طرفى الإجراءات التى تمت بالتواطؤ بينها وبين المطعون عليه الثانى والتى انتهت الى إيقاع البيع عليها إضرارا بالمطعون عليها الأولى ، فإن الطاعنة بذلك لا تعتبر من طبقة الغير فى معنى المادة ٢٤٤ المذكورة . (١٩٧٨/١/١٧ – الطعن ٧٧٩ لسنة ٤٣ق) .

<u>والدائنون العاديين للطرفين يعتبرون من الغير :</u>

الدائن الشخصى للمتصرف يعتبر من الغير فى الصورية ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصورى بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف إذ أن التصرف الصورى الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشيء محل التصرف داخلا فى الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصورى أو لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء مادام خاليا من النزاع ذلك أنه متى كان التصرف صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود إضراره بالتصرف الصورى إذ من مصلحة أى دائن للمتصرف ان يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف فى الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذى أبداه الطاعن على ان دينه لاحق للتصرف المدعى بصوريته وعلى انقطاع صلته بالدائن الذى قصد بهذا التصرف التهرب من دينه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله " (١٩٦٥/١٢/٩ – م نقض م – ١٦ – ١٢٢٣) . وبأنه " ولئن كان للدائن العادى باعتباره من الغير أن يطعن على تصرف مدينه بالصورية طبقا لنص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى إلا أن ذلك منوطا بأن يكون حق الدائن خاليا من النزاع " (١٩٧٨/٣/٣٠ – الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ق) . وبأن " للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده ، صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه لكونه دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده " (١٩٦٦/٥/٢٦ – م نقض م – ١٧ – ١٢٧١)

وبأن الدائن لا يعتبر خلفا للمدين فى التصرفات الصورية التى تصدر من هذا الأخير أو التى تصدر منه بطريق التواطؤ مع دائن آخر أضرارا بحقه إذ يصبح الدائن فى هذه الحالات من طبقة الغير " (١٩٥٧/٥/٢٣ – م نقض م – ٨ – ٥٢١ . وبأنه " ليس للمدين فى حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولا ناقلا للملك أن يقيم الدليل فى وجه المحتال على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحتال يجهل المعاملة السابقة التى أخفى سببها عليه وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقى وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحتال للسبب الحقيقى وقت احتياله بالدين لأن إخفاء السبب الحقيقى تحت ستار المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحتال "

<u>والخلف الخاص من الغير :</u>

وهو من اكتسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشئ محل التصرف الصورى سواء كان اكتسابه للحق سابقا أو لاحقا لهذا التصرف (السنهورى بند ٦٢١ – جمال زكى بند ٤١٩ ورسالته عن حسن النية فى كسب الحقوق بند ١٣٨ – مرزوق بند ١٤٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن " يعتبر المشترى من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر وله وفقا لتصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى أضربه بطرق الإثبات كافة " (١٩٦٦/٥/٢٦ – م نقض م – ١٧ – ١٢٧١) . وبأن المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف فى الصادر من البائع إليه وله إن يثبت صورية هذا التصرف بغير الكتابة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة " (١٩٥٧/١٠/٣١ – م نقض م – ٨ – ٧٥٩) . وبأنه " متى كانت المحكمة قد انتهت إلى أن المشترى يعتبر من الغير بالنسبة للتعاقد الصورى الصادر من البائع إليه إلى مشتر آخر فإنها لا تكون ملزمة بالرد على تمسك هذا الأخير بحجية حكم صدر لمصلحته بإثبات تعاقده " (١٩٥٧/١٠/٣١ – م نقض م – ٨ – ٧٥٩).

<u>والشفيع يعتبر من الغير :</u>

الشفيع - بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة ، ولا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية . (١٧٥/١١/٢٨ – م نقض م – ٢٦ – ١٥١٥) وبأنه " الشفيع – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . فمتى كان عقد البيع قد اشهر ، فلا جناح على الشفيع أن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه " (١٩٦٦/١٠/١٨ – م نقض م – ١٧ – ١٥٣٠) . وبأن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد فى عقد المشترى ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الأحق بالشفعة

كما قضت بأنه " لئن كان الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة - يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد" (١٩٦٥/١٢/٣٠ - م نقض م - ١٦ - ١٣٨٤) وبأن " بحث توافر حسن النية لدى الشفيع وعدم علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه هو من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصا سائغا " (١٩٧٥/١١/٢٧ - م نقض م - ١٥١٥) .

<u>وللغير التمسك بالعقد المستتر :</u>

فقد قضى بأن " خطابات الضمان التى يثبت فيها الشاحن التحفظات التى طلب الناقل إدراجها فى سند الشحن ولكنها لم تدرج به استجابة لرغبة الشاحن ، والتى يتعهد الشاحن بمقتضاها بضمان كافة النتائج التى تترتب على عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للبيانات الواردة فى سند الشحن إذا ما تعرض الناقل للمطالبة من قبل الغير بالتعويض وذلك مقابل ان يسلمه الناقل سند الشحن نظيفا وخاليا من هذه التحفظات فيسهل للشاحن التعامل على البضاعة بسند الشحن الحصول بمقتضاه على الائتمان من البنوك هذه الخطابات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - باعتبارها حجة على عاقديها وحدهما - الشاحن والناقل - ولا يجوز الاحتجاج بها على الغير من حاملى سندات الشحن لا مخالفة فيها لمعاهدة سندات الشحن الموقعة فى بروكسل طالما أن المقصود بها دحض قرينة الإثبات المستمدة من سند الشحن فى العلاقة بين الناقل والشاحن ، ولم تتضمن اتفاقا على إعفاء الناقل من المسئولية ولم تكن مشوبة عند إصدراها بقصد إيهام الغير وإدخال الغش عليه عند تداول سند الشحن " (١٩٧٥/٦/٢٣ - م نقض م - ٢٦ - ١٩٤٧) وبأنه " لما كان المطعون عليه وكيل الدائنين فى تفليسة المدين يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة لعقد الإيجار الصادر عن الجراج باسم غير المدين المفلس ولا يتقيد فى إثبات حقيقة العقد بعباراته ونصوصه . فإن الحكم المطعون فيه إذا استند إلى الأدلة والقرائن التى ساقها فى إثبات أن المدين هو المستأجر الحقيقى فى هذه العقد إنما يكون قد استظهر الحقيقة من الظروف التى أحاطت تنفيذ العقد ولا يكون فد فسخه أو خرج عن قواعد التفسير " (١٩٦٨/٦/١١ - م نقض م - ١٩ - ١١٤١) .

يجوز للأجنبى عن المتعاقدين التمسك بالصورية متى توافرت له مصلحة :

الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر " (١٩٤٧/٣/٢٠ - م ق م - ١٠ - ٧٥٨) .

وللغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر شريطة أن يكون له مصلحة فى ذلك :

وهو يعتبر حسن النية إذا لم يكن يعلم بصورية العقد الظاهر أو بوجود العقد المستتر والعبرة فى حسن النية بالوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر وبنى تعامله عليه ، فيشترط فى الشفيع أن يكون حسن النية وقت إعلانه رغبته فى الأخذ بالشفعة وفى المشترى الثانى أن يكون حسن النية وقت البيع له . والأصل فى الغير أنه حسن النية فيقع على عاتق من يدعى سوء نيته إثبات ادعائه " (يراجع فى ذلك غانم بند ٣٨ - السنهورى بند ٦٢٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صوريا وأقل من الثمن الحقيقى ، فإن للشفيع باعتباره من الغير فى هذه العقد - إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، ولا يلزم ألا بدفع الثمن المذكور فيه " (١٧٥/١١/٢٧ - م نقض م - ١٥١٥) . وبأنه " إذا كان المشترون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسنى النية عندما اشتروا أطيان النزاع من مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأطيان بعقدى بيع مشهرين ، فلهم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر ، إلا إذا كان هذا العقد مشهرا أو كانوا هم عالمين بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد " (١٧٢/١٠/٢٨ م نقض م - ٢٣ - ١٢٨٥) وبأنه " للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد فى مصلحته ولا يجوز أن يحتاج - المشترى - بورقة غير مسجلة ، تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد " (١٩٧١/٤/٢٢ - م نقض م - ٢٣ - ٥٥٣) . وبأن " الشفيع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس " (٥٣/١/٢٩ - م ق م - ١٨٢ - ٧٣٦) وبأنه " إذا انتفى حسن نية المشترى من البائع فلا يكون لـه أ أن يتمسك بالعقد الظاهـر قبل دائن هذا البائع " (١٩٥٧/٥/٢٣ - م نقض م - ٨ - ٥٢١) .

وقضت بأن النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أنه " إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى " يدل على أن العبرة فى تحديد وقت ثبوت حسن النية هى بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذى لازم التصرف الأمر الذى يقتضيه استقرار المعاملات ، وإذ كانت الطاعنتان قد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع لهما وبأنهما لا تعلمان بصوريته ، فإن المرجع فى تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية إنما يكون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل

وقضت بأن " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى أنه يشترط فى الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشترى ، حتى يتمسك بالعقد الصورى أن يكون حسن النية أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى ، إما إذا كان سئ النية أى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذى يسرى فى حقه هو العقد الحقيقى شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين . ولما كان محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها التقديرية وفى أسباب سائغة أن الطاعن - المشترى - كان سيئ النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ، ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن فى التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى - المالكة الأصلية - والثانية ، وإنما تسرى فى حقه ورقة الضد المشار إليها ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون "

كما قضت بأن " لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية والمفروض أن الدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه .(١٩٧٨/٥/١١ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٥ق) . وبأنه " متى كان الحق بين المحيل والمحال عليه صوريا فإن المناط فى اعتبار المحال له من الغير - وحرمان المحال عليه من التمسك قبله بانعدام الحق لصوريته - هو أن يكون المحال له حسن النية لا يعلم بصورية الحق وقت احتياله به معتقدا أن السبب الظاهر حقيقى ، وإعمالا لذلك فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه يجوز أن يواجه الغير بورقة الضد المتضمنة اقرارا بصورية العقد ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها " (١٩٧٨/٥/٣١ - طعن رقم ١١٦٥ لسنة ٤٧ ق) . وبأنه " لئن كان الشفيع - بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة - يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ألا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد " (١٩٦٥/١٢/٣٠ - م نقض م - ١٦ - ١٣٨٤) .

إذا تعارضت مصالح الغير مع بعضها كانت الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر :

ليس لمن رسا عليه المزاد في بيع الأشياء المحجوز عليها التحدى بحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ مدنى والقول بوجوب الأخذ بسندات دين الدائن المنفذ به والمطعون عليها بالصورية باعتبارها العقد الظاهر ذلك لأنه لا شأن له بهذا الدين إذ هو لا يستمد ما يدعيه من حق على الأشياء المحجوز عليها من سندات ذلك الدين ولكن الحق الذى يدعيه يستند على محاضر البيع التى اشترى بمقتضاها تلك الأشياء " (١٩٥٧/٥/٣٣ - م نقض م - ٨ - ٥٢٠)

شهر العقد المستتر يقوم قرينة قاطعة على العلم به ، وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشترى - فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون المستتر ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستور إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر او بوجود ورقة ضد وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف مقتضى هذه القاعدة وقضى بعدم جواز أخذ العقارات المبيعة بالشفعة تأسيسا على أن عقد البيع ليس فى حقيقته إلا عقدا ساترا لهبة فلا يجوز فيه الشفعة وكان هذا الخطأ قد صرف المحكمة عن بحث ما دفع به المطعون عليهما دعوى الطاعنين من أن حقهما فى الشفعة قد سقط لمضى المدة القانونية من تاريخ العلم بالبيع لما كان ذلك ، كان الحكم متعين النقض " (١٩٥٢/٥/١٥ - م نقض م - ٣ - ١٠٦٣ وراجع نقض فى ١٩٤٧/٢/١٦ - م ق م - ٧٦٤ فى وجوب تعرض المحكمة لحسن أو سوء نية الغير) . وبأنه " " جرى قضاء محكمة النقض على أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا فى مصلحته ولا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفة متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له ولو كان مؤشرا بمضمونها على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل لأن ذلك التأشير يؤدى إلا إلى إثبات تاريخها وإثبات التاريخ ليس فيه اشهار للورقة حتى يعترض به على الغير بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية فى طى الكتمان والخفاء . وإذن فمتى كانت الطاعنة قد باعت الأطيان موضوع النزاع إلى المطعون عليها الأولى بمقتضى عقد بيع مسجل وكان المطعون عليه الثانى قد اشترى تلك الأطيان منها بعد أن أطمأن إلى ملكيتها لها فإنه يعتبر فى حكم الغير بالنسبة لصورية عقد البيع والحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن المطعون عليها قد عجزت عن اثبات علم المشترى بورقة الضد التى لم تسجل قبل صدور البيع إليه بحيث لا تسرى عليه ولا يكون لها ثمة تأثير على حقوقه المستمدة من العقد الظاهر المسجل لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور " (١٩٦١/٤/٢٠ - م نقض م - ١٢ - ٣٧٦) . عكس ذلك السنهورى حيث يرى أن شهر العقد المستتر يعتبر مجرد قرينة قانونية غير قاطعة على العلم به فيجوز للغير إثبات عدم علمه به (بند ٢٦٣) .

لا يجوز للغير إثبات الصورية فى مواجهة الغير :

ليس للمدين فى حوالة مدنية أعلن بها أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة - التى أخفى سببها عليها - ويعتقد بصحة السبب المذكور فى تلك الورقة " (١٩٦٧/٥/٢٢ - م نقض م - ١٨ - ١٣٢٤) . وبأنه " لا على المحكمة إذا هى أخذت بإقرار زوجة المحجوز عليه فقضت بصورية عقد البيع الصادر إليها من زوجها دون أن يتعدى أثر ذلك إلى غيرها من المتعاقدين معها الذى تلقوا الحق عنها " (١٩٥٦/١٠/٢٥ - م نقض م - ٧ - ٨٤٧) .

يجوز للغير إثبات صورية العقد الظاهر بمختلف طرق الإثبات إلا إذا كان قد اشترك فى تحريره وتواطأ مع طرفيه على الصورية فيكون بمنزله المتعاقدين:

ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ووقع عليه بصفته شاهدا من أن يطعن فيه بالصورية متى كان يستند فى طعنه إلى دليل كتابى ومتى كان هذا الطعن موجها ضد طرفى العقد اللذين اشتركا معه فى الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصلحتهم بصورية يجهلونها " (١٩٤٠/١/١١ -م ق م - ٤٦ - ٧٦٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كانت المطعون عليها الأولى - المالكة الأصلية والبائعة للمطعون عليها الثانية بالعقد الصورى تعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من المطعون عليها الثانية إلى الطاعن عن ذات القدر - وكان لها بالتالى إن تثبت صوريته بكافة طرق الإثبات ، وقد قضت محكمة أول درجة بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها الأولى صورية هذا العقد صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى ى أسباب سائغة إلى أن عقد الطاعن صورى ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه بصحة ونفاذ عقده ، فإن النعى على الحكم بعدم جواز إثبات صورية عقده بغير الكتابة يكون غير سديد " (١٩٧٧/١/٣١ - م نقضم - ٢٨ - ٣٢٨) . وبأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنين عاجزين عن إقامة الدليل على ادعائهما (بصورية عقد البيع) واستند الحكم فى ذلك إلى أن الطاعنين لم يحضرا شهودهما أو يكلفاهم بالحضور فى الجلسة المحددة رغم تأجيل الدعوى هو بناء على طلبهما أكثر من مرة وانقضاء الميعاد المحدد للتحقيق ، وكان المدعى هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التى تؤيد ما يدعيه فيها ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه رفض إجابة الطاعنين إلى طلبها بإصدار حكم جديد بإحالة الدعوى إلى التحقيق لأنهما عجزا عن إثبات ادعائهما على النحو السالف بيانه فان النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس " (١٩٧٠/٤/٧ - م نقض م - ٢١ - ٥٨١) . وبأن " للدائن أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية تصرفات مدينه التى تمت إضرارا بحقوقه عملا بالفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى " (١٩٥٧/٥/٢٣ - م نقض م - ٨ - ٥٢) .

ثالثا : أثر الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين :

تنص المادة (٢٤٥) مدنى على أن " إذا ستر المتعاقد أن عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى .

الأصل أن يسرى العقد الحقيقى بين الطرفين إذ العقد الظاهر لا وجود له ولم تتجه إليه إرادتهما ، ومع ذلك فإن التصرف الصورى الظاهر قد يرتب اثرا قانونيا كالشأن فى التصرف الصورى من الموصى له فى العين الموصى بها إذ يترتب فى قبوله الوصية ضمنياً (السنهورى بند ٦١٨) ، وقد قضت محكمة النقض بأن : مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى أضر بهم أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة ، والطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية لم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات . ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا على القانون " (١٩٧٦/١٢/٢١ - م نقض م - ٢٧ - ١٨٠١) . وبأنه " لما كانت المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الشركات المساهمة يشترط ملكية عضو مجلس الإدارة عددا من أسهم الشركة تقل قيمته عن ألف جنيه وذلك حتى تكون له مصلحة جدية فى رعاية أموال الشركة وتوجب عليه إيداعها أحد البنوك ضمانا لإدارة وتغطية لمسئوليته عن أعماله طوال مدة عضويته بمجلس الإدارة وتقضى ببطلان أوراق الضد التى تصدر بالمخالفة لأحكامها ، وكان هذا البطلان مقررا لمصلحة الشركة صاحبة الضمان حماية لها ، فلا يجوز للغير أن يحتج فى مواجهتها بأنه المالك لأسهم الضمان دون عضو مجلس الإدارة الذى قدمها ، وتأكيدا لهذا المعنى وهدف المشرع فى تحقيق الضمان للشركة نص على عدم قابلية أسهم الضمان للتداول طوال مدة عضوية مقدمها بمجلس الإدارة ، إلا أن القول بعدم جواز الاحتجاج على الشركة صاحبة الضمان بأوراق الضد أو التصرفات التى يجريها عضو بالمخالفة لأحكام المادة ٢ المشار إليها لا يحول دون خضوع تلك التصرفات بين أطرافها للقواعد العامة " (١٩٧٨/١/١٦ - فى الطعن رقم ٥٧١ لسنة ٤٤ق) . وبأنه متى انتهى الحكم إلى اعتبار عقد البيع عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقى إذ رتب على ذلك أن العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى - أى ورقة الضد - يكون قد طبق المادة ٢٤٥ من القانون المدنى تطبيقا صحيحا ولا يمنع من نفاذ هذا العقد الحقيقى فى حق المشترى أن يكون قد وضع يده على المبيع إذ أن وضع يده فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية " (١٩٦٧/٤/٢٠ - م نقض م - ١٨ - ٨٥٠)

وبأنه إذا أقر المشترى فى ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها فى أى وقت يشاء فإن وضع يده فى هذه الحالة مهما طالت مدته لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط فى الحيازة التى تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك " (١٩٦٧/٤/٢٠ - م نقض م - ١٨ - ٨٥٠) وبأنه إذ كان البين من الاطلاع على العقد موضوع الدعوى أن الطاعن باع القدر المبين فيه متعاقدا مع نفسه بصفته وليا شرعيا آنذاك على أولاده المطعون عليهم وأن دور والدتهم اقتصر على مجرد الإشارة الى دفعها الثمن تبرعا للقصر المشترين وأنها تتعهد بعدم مطالبتهم أو الرجوع عليهم مستقبلا ، وكانت الدعوى الماثلة أقيمت من الطاعن بطلب بطلان التصرف الحاصل منه إلى أولاده لصوريته المطلقة ، استنادا إلى قرار صادر من الوالدة بأن ثمنا لم يدفع منها فى واقع الأمر ، فإن ما خلص إليه الحكم من أن هذه الأخيرة ليست من بين أطراف العقد وأنه لا علاقة لها بأحداث الأثر القانونى المراد من التصرف ، وأن الإقرار لا يضمن إلا نفيا لواقعة سداد الثمن منها دون أن يعرض للتصرف فى حد ذاته ، ورتب على ذلك افتقاد إمكان إثبات صورية العقد صورية مطلقة بغير الكتابة ، فإن هذا الذى خلص إليه الحكم تحصيل سائغ تحتمله مستندات الدعوى وله مأخذه" (١٩٧٩/٣/١٤ - الطعن ٦٦٩ - لسنة ٤٢ق) وبأنه " لا تناقض بين قضاء الحكم بصحة الورقة المتضمنة عقد البيع وبين قضائه باعتبار الإقرار المحرر فى ذات تاريخ العقد المذكور ورقة ضد له إذ أن قضائه باعتبار الإقرار المحرر فى ذات تاريخ العقد المذكور ورقة ضد له إذ أن قضاءه الأول كان يتضمن أن طرفى العقد قصدا أن يجراه فى صيغة بيع إلا أن ذلك لا ينفى أنه عقد ظاهر صورى يستر عقدا آخر حقيقيا محررا بين الطرفين هو ورقة الضد " (١٩٦٨/٥/٣٠ - م نقض م - ١٩ - ١٠٤٥)

يتقيد المتعاقدان فى إثبات صورية العقد الظاهر بالقواعد العامة فى الإثبات :

فإذا كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة امتنع عليهما إثبات صوريته بغير الكتابة ، وإذا كان التصرف المستتر تزيد قيمته على نصاب البينة امتنع إثباته بغير الكتابة ، مع مراعاة أن اليمين والإقرار يعفيان من الإثبات وأنه يجوز الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بالكتابة عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو مانع مادى أو أدبى فيعمل بذلك كله بين المتعاقدين " (المستشار محمد عبد العزيز المرجع السابق ص٩٠٣ وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الطعن بأن عقد بيع يستر وصية ولم يدفع فيه ثمنا هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويقع على الطاعنة عبء إثبات هذه الصورية فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليها " (١٩٦٨/١١/١٤ - م نقض م - ١٩ - ١٣٦٢)

وبأنه الطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، وإذن فمتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بالمادة ١/٤٠١ من القانون المدنى ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من الوارث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا على القانون . (١٩٦٧/٢/٢٣ - م نقض م - ١٨ - ٤٧٨) . وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى فإن الذى قررته هو صحيح فى القانون " (١٩٥٣/١٢/٢٤ - م ق م - ١٨ - ٧٥٩ وبنفس المعنى ١٩٤٢/٦/١٨ م ق م - ١٩ - ٧٥٩ بشأن عدم جواز إثبات صورية عقد إيجار بين طرفيه بغير الكتابة ٤٩/١/١٦ - م ق م - ٨٠ - ٣٥ ، ١٩٤٤/٢/٣ - م ق م - ٨١ - ٣٥) . وبأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ متى كان من الثابت أنها ليست فى حقيقتها تفاسخا بل إقرار بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها "(١٩٤٩/١٢/١ - م ق م - ١ - ١٢٠٠) . وبأنه " لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة فى تفسير العقود وتقدير الوقائع أن تقدر أن العقد محل الدعوى وأن صدر فى يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية وأن العقد الأخير وأن وصف بأن تراض أو تفاسخ هو من حقيقته حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول " (١٩٤٩/١٢/١ - م ق م - ٢ - ١٢٠٠) .

<u>يجوز إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات :</u>

وعند التحايل على القانون يجوز لمن تم التحايل ضد مصلحته إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات والاحتيال على القانون هو تواطؤ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام وإخفاء هذه الحالة تحت ستار تصرف آخر مشروع فيكون التصرف الحقيقى المستتر هو التصرف غير المشروع المخالف للقاعدة القانونية المتعلقة بالنظام العام . ويكون التصرف المشروع هو التصرف الصورى الظاهر . غير أنه يشترط لعدم تقيد أحد المتعاقدين بالقواعد العامة فى الإثبات فى هذه المخالفة أن يكون التحايل قد تم ضد مصلحة أحد الطرفين لأنه فى هذه الحالة لم يكن يستطيع الحصول على دليل كتابى بإثبات الصورية وبحقيقة العقد المستتر ، أما إذا كان التحايل قد تم لمصلحة المتعاقدين وقصد به الأضرار بالغير ممن ليس طرفا فى التصرف أو خلفا لأحد طرفيه فلا يجوز لأحد العاقدين أو خلفهما أن يثبت صورية العقد الظاهر المكتوب بغير الكتابة لأنه فى هذه الحالة لم يكن هناك ما يحول بينه وبين الحصول على الدليل الكتابى المثبت للعقد المستتر

فإذا اثبت بعقد البيع ثمن أقل تحايلا على قانون رسوم التسجيل امتنع إثبات الثمن الحقيقى بين الطرفين إلا بالكتابة " (يراجع فى ذلك السنهورى هامش بند ٦٢٩ - غانم بند ٨٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا يقدح فى الحكم أنه قد أجاز إثبات الصورية بين المتعاقدين بغير الكتابة ، ما دام أن إخفاء الرهن وراء بيع وفاء هو غش وتحايل على القانون للتوصل إلى تملك الأطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية وبثمن بخس والصورية التى يكون هذا هو الغرض منها جائز إثباتها بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة والقرائن " (١٩٤٤/٥/٢٥ -م ق م - ٣٥ - ٧٦١) . وبأنه " إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبينة فى حالة الاحتيال على القانون مقصورة على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته . وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأحد ورثته ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفى وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث وإنما يجوز ذلك للوارث الذى وقع الاحتيال إضرارا بحقه فى الميراث وهو فى ذلك لا يستمد حقه فى الطعن على العقد من مورثه وإنما يستمده من القانون مباشرة وإذ كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها الأولى أقامت دعواها بطلب إبطال عقد البيع الصادر منها لولديها الطاعن والمطعون ضده الثانى استنادا إلى أنه يخفى وصية وأنه قصد به تميزها فى الميراث احتيالا على قواعد الإرث وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات الصورية النسبية إلى أقوال شاهدى المطعون ضدها الأولى (البائعة) التى لم تقدم أى دليل كتابى فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه " (١٩٧٦/١٢/١٣ - م نقض م - ٢٧ - ٨ - ١٧٣) . وبأنه " لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة الا بالكتابة ما لم تتوافر القرائن على وجود تدليس واحتيال عند صدور العقد فهذه صورية تدليسية يجوز إثباتها بالقرائن فى حق كل من مسه التدليس ولو كان طرفا فى العقد . فإذا كان المتهم لم يقدم ما يفيد وقوع تدليس واحتيال من جانب المجنى عليه عند صدور عقد الشركة - فإن الحكم إذ انتهى إلى اطراح دفاعه بصورية العقد المذكور لعدم إثباته بالكتابة يكون صحيحا فى القانون " (١٩٦٧/٦/١٢ م نقض ج - ١٨ - ٨١٨) . وبأن " اتخاذ الحكم المطعون فيه مما اثبت بوصول السداد الصادرة من المالك السابق قرينة على صورية الأجرة الواردة بالعقد جائز فى القانون باعتبار أن تحديد أجور المساكن من مسائل النظام العام التى نص المشرع على تأثيم مخالفة القواعد الواردة بشأنها فيجوز إثبات التحايل على زيادتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن " (١٩٧٨/٣/٢٩ - الطعن رقم ٦٤٦ - لسنة ٤٤ق) .

ويسرى على الخلف العام ما يسرى على السلف :

يسرى على الخلف العام ما يسرى على السلف ، إلا أن يستند إلى مصدر مستقل عن الميراث أو أن يطعن بأنه قصد به التحايل على قواعد الإرث إذ فى هذه الحالة يستمد حقه من القانون مباشرة ، فيصبح من الغير ومن ثم يكون له اثبات صورية العقد الظاهر بكافة طرق الإثبات .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر ذلك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام ، إما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هى الاحتيال على قواعد الارث ، فان حق الوارث فى الطعن فى التصرف ليست هى الاحتيال على قواعد الإرث ، فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات ولما كانت الطاعنة قد طعنت بالصورية المطلقة على البيع الرسمى المسجل – الصادر من المورث إلى المطعون عليها – ودللت على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية ببيع البائع المشترية ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعنة منذ صدوره لم تشر الطاعنة إلى هذا التصرف فيه مساس بحقها فى الميراث ودفعت المطعون عليها بعدم جواز إثبات الصورية المطلقة إلا بالكتابة ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير سديد " (١٩٧٦/٦/١٦ م نقض م – ٢٧ – ١٣٩١) . وقضت بأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن الوارث حكمه حكم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه إلى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن فى هذه السند بأنه ينطوى على الايصاء أو أنه صدر فى مرض موت مورثه " (١٩٥٢/١٢/٢٤ ٠ م ق م – ٣١ – ٧٦١) . كما قضت بأن التمسك بأن البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر وقع على الطاعن – وارث البائعة – عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه (١٩٧٥/٦/٢٦ – م نقض م – ٢٦ – ١٣١٤) . وبأنه إذا كان الدفع المبدى من الوارث بأن البيع الصادر من المورث لوارث آخر يخفى وصية يحمل الإقرار بصدوره عن إرادة صحيحة وبصحة العقد كوصية تنفذ فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة ، فإنه لا يقبل من هذا الوارث بعد ذلك الدفع بإبطال العقد بأكمله تأسيسا على أنه ابرم تحت تأثير الاستغلال مما يعيب الإرادة ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه أن هو أغفل الرد على هذا الدفع الأخير ويكون النعى عليه من أجل ذلك بالقصور فى التسبيب على غير أساس " (١٩٦٩/٤/١ – م نقض م – ٢٠ – ٥٥٦) .

وبأنه لا يعتبر الوارث قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف واثبات صحة طعنه بكافة طرق الإثبات لأنه فى هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز النصوص منهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الإثبات ، وذلك أن هذه النصوص لا يجوز محاجة الوارث بها إذا ما طعن على العقد بأنه فى حقيقته وصية إلا إذا فشل فى إثبات صحة هذا الطعن . فإذا كان ما يريد الوارث إثباته بالبينة هو أن هذه النصوص وإن كانت فى ظاهرها تدل على تنجيز التصرف إلا أنها لا تعبر عن الحقيقة وأنه إنما قصد بها الاحتيال على أحكام الميراث بستر الوصية فإن اعتماد الحكم المطعون فيه فى رفض طلبه الإثبات بالبينة على صراحة هذه النصوص مصادرة للمطلوب كما أن استكمال العقد الساتر للوصية لجميع أركانه وعناصره كعقد بيع لا يجعله صحيحا لأنه فى هذه الحالة يخفى احتيالا على القانون ومن ثم فإن استثناء الحكم المطعون فيه فى رفض طلبه الإثبات بالبينة على صراحة هذه النصوص مصادرة للمطلوب كما أن استكمال العقد الساتر للوصية لجميع أركانه وعناصره القانونية يكون خطأ فى القانون " (١٩٦٧/٦/٢٢ – م نقض م – ١٨ – ١٣٦٠) . وبأن " احتواء العقد على نصوص دالة على تنجيزه لا يمنع الوارث من الطعن عليه بأنه يخفى وصية وله أن يثبت طعنه هذا بطرق الإثبات كافة ذلك أن الوارث لا يعتبر قائما مقام المورث فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف بأنه فى حقيقته مضاف إلى ما بعد الموت واثبات صحة طعنه بكافة الطرق ولا تقف صراحة نصوص العقد الدالة على تنجيزه حائلا دون هذا الإثبات " . (١٩٦٦/١١/٢٤ – م نقض م – ١٧ – ١٧٣٠) . وبأن " الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وان كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذلك فى حكم الوصية ، لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد انه صورى صورية مطلقة فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة أيضا يستمده من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات " (١٩٦٤/٤/٩ – م نقض م – ١٥ – ٥٢٥) . وبأنه " يجوز للوارث إثبات صورية عقد البيع الصادر من مورثه صورية مطلقة الضار بحقوقه بكافة طرق الإثبات " . (١٩٥٥/١٢/١٩ – م نقض م – ٦ – ١٦٣٥ وبنفس المعنى فى ١٩٤٦/١٢/٥ – م ق م – ٧٦ – ٤٥) .

وبأن حق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بأنه فى حقيقته وصية لا بيع وأنه قصد به التحايل على أحكام الإرث المقررة شرعا ، حق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه إذ يعتبر الوارث فى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه فى الإرث " (١٩٦٢/٦/٢١ – م نقض م – ١٣ – ٨٢٤) . كما قضت بأن " الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه يجوز له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة ويعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصرف " (١٩٧٩/١/٣١ الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٧ق) . وبأنه " من المقرر أن الطعن من الوارث فى عقد البيع الصادر من المورث بأنه فى حقيقته وصية ، وإنما يعد طعنا منه صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ومن حقه كوارث أن يثبت هذا الدفاع بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة لأن التصرف يكون فى هذه الحالة قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلا على القانون " (١٩٨٧/٦/١٢ – الطعن ٧٥٦ – ٤٥ق) . وبأنه " لما كان الطاعنون قد طعنوا فى النزاع الحالى على التصرف موضوع العقد المؤرخ فى ١٩٦٣/١٠/٢٢ بأنه يخفى وصية فلا ينفذ إلا فى حدود ثلث التركة ، فإنهم وهم يطعنون بذلك إنما يستعملون حقا خاصا بهم مصدره القانون لاحقا تلقوه عن المورث ، ومن ثم يكون الحكم الصادر ضد المورث بصحة التصرف كبيع حجة عليهم ، لأن الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه إلى وارث آخر إضرارا بحقه فى الميراث " (١٩٧٨/١١/٢٨ – الطعن ٨٥٥ لسنة ٤٥ق) .

<u>يجب أن يكون الطعن بالصورية صريحا :</u>

الطعن على العقود بالصورية الذى يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما لأن الصورية تعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقديه أما التواطؤ بين التعاقدين فإنه غير مانع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما إحداث آثار قانونية له (١٩٥٨/٣/٣١ – م نقض م – ٩ – ٣٣٠) . فقد قضى بأن " إذ كان ما يثيره الطاعن من صورية الاتفاق على التصريح بالتأجير من الباطن يعد سببا جديدا لم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع لأنه واقع فلا يجوز إبداؤه لأول مرة محكمة النقض " (١٩٧٦/٤/١٤ – م نقض م – ٢٧ – ٩٣٦) . وبأنه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذى يجب على المحكمة بحثه والبت فيه يلزم أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما ، لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلا فى نية عاقديه أما التواطؤ فإنه غير مانع عن جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له

ولما كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الإيجار الصادر للمطعون عليه الثانى أمام محكمة أول درجة ، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التى جعلت منها سندها فى مدعاها أجريت بمعرفة المالك - المطعون عليه الأول - وساقت على ذلك فى مذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تتم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه الثانى ، بدليل تحرير العقد بمقر الشرطة وتأخر المستأجر فى استلام الشقة من شاغلها وقتذاك وكان هذا لا يعنى التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد ، فلا على الحكم المطعون فيه ان هو التفت عن هذا الدفع " (١٩٧٧/٥/٤ فى الطعن ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - ٣٨ - ١١٣٥) .

يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى بصورية ورقة معروضة عليها ولو لم يطلب أحد من الخصوم :

لمحكمة الموضوع الحق دائما فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى ما دام ذلك لازم للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة ولو لم يطعن أحد بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعـوى ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سليما . (١٩٤٤/٥/٢٥ - م ق م - ٥٢ - ٧٦٣) .

<u>لا يقبل الطعن بالصورية إلا ممن له مصلحة :</u>

لما كان مناط التدخل فى الدعوى والطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وكانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المطعون عليه بالصورية النسبية أقامها المطعون ضده على والدته البائعة - حال حياتها - أى من وقت لم يكن قد ثبتت فيه للطاعن صفته كوارث ولم تتوافر لديه المصلحة القانونية التى تجيز له طلب التدخل فى تلك الدعوى للطعن فى هذا العقد بالصورية - فإن الحكم المطعون فيه إذا استخلص من عدم تدخل الطاعن فى تلك الدعوى دليلا على جدية طعنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه الفساد فى الاستدلال " (١٩٧٨/٦/١٢ - الطعن ٧٥٦ لسنة ٤٥ق) وبأن " الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة ، فإذا كان المشترى الثانى قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع إلى المشترى الأول عن أطيان من بينها الأطيان المباعة للمشترى الثانى) قاصدا إهدار هذا العقد فى خصوص القدر الذى اشتراه فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشترى الأول فيما زاد عن هذا القدر الذى اشتراه المشترى الثانى استنادا إلى صورية العقد يكون قد خالف القانون على هذا الخصوص"(١٩٦٨/٢/٨ - م نقض م ص١٣ - ٢١٥) .

إذا دفع بالصورية أمام المحكمة يجب أن تقول كلمتها فى الطعن بالصورية :

إذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ومن المذكرة المقدمة من الطاعن إلى محكمة الاستئناف أنه تمسك أمام تلك المحكمة بصورية عقد البيع - الصادر من والدته إلى باقى أولادها - صورية مطلقة ودلل على هذه الصورية بعدة قرائن منها أن العقد تضمن أن نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى - وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث - وان المتصرف إليهم لا يستطيعون أداء الثمن وأن العقد لم يظهر إلى حيز الوجود إلا بعد وفاة المتصرفة كما طلب إحالة الدعوى الى التحقيق ليثبت هذه الصورية بالبينة على أساس أن رابطة الأمومة التى تربط المتصرفة بأولادها المتصرف إليهم والظروف التى تم فيها هذا التصرف تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابى وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه فانه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه " (١٩٧٣/١/٩ - م نقض م - ٢٤ - ٤٦) وبأنه " إذا كان الدفاع بالصورية مما لو صح يتغير به وجه الحكم فى الدعوى ، وكان الثابت أن صاحب هذا الدفاع قد طلب إلى محكمة الاستئناف فى مذكرة قدمها إليها إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات الصورية التى يدعيها ، وكان الحكم قد جاء خلوا من إيراد هذا الطلب ومن الرد عليه فإنه يكون قد عاره بطلان جوهرى " (٤٧/١٢/٢٥ - م ق م - ٦٥ - ٧٦٥) .

تقدير أدلة الصورية مسألة تقديرية للمحكمة ، وقد قضت محكمة النقض بأن : إذ كان الواقع فى الدعوى أن الطاعن ادعى بصورية عقدى الايجار الصادرين للمطعون عليه الرابع واستدل عليها بتقدم أولى العقدين عند ربط الضريبة العقارية فمن حق الحكم أن يمحص هذا الدفاع وأن يحققه ولا عليه إذا اطرح دفاع الطاعن على سند من أن عملية فرض العوائد تتم فى غيبة الملاك الذين لا يتوافرون عن استغلال كافة الوسائل لخفض هذه الضريبة ، وهو قضاء بنى على المعلومات المستفادة من الخبرة بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها " (١٩٧٨/١١/١ - فى الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٤١ق) وبأن " تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه دلل على صورية العقد بأسباب سائغة وقرائن مساندة تكمل بعضها وتؤدى فى مجموعها الى النتيجة التى انتهى اليها فانه لا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها " (١٩٧٧/١٢/٦ فى الطعن رقم ٩٤ سنة ٤٤ق - وبنفس المعنى ١٩٧٨/١/١٦ - فى الطعن ٣٨٦ لسنة ٤٤ ق ونقض ١٩٧٥/٦/١ م نقض م - ٢٦ - ١٢٠٦ - ونقض ١٩٦٦/٥/٢٤ - م نقض م - ١٧ - ٦٩٥ - نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ - م نقض م - ١٧ - ٦٩٥ - ونقض ٦٤/٥/٢٨ - م نقض م - ١٥ - ٧٥٠) . وبأنه " إذ كان العقد ذاته وبرمته مطعونا عليه بالصورية فلا يصح الاستدلال بنصوصه لنفى هذه الصورية " (١٩٧٨/١/١١ - فى الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٣ق)

وبأن القضاء السابق بصحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير صورى وصحيح ومن شأنه نقل الملكية ومتى جاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها باية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر بها " (١٩٦٦/٣/١ – م نقض م – ١٧ – ٤٨٦) . وبأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من الوقائع والأدلة والقرائن التى ساقها فى العقد موضوع الدعوى صورى حرر بين عاقدين بطريق التواطؤ وكانت تلك القرائن تؤدى عقلا إلى ما انتهى اليه ، فإن النعى على الحكم فى هذا الخصوص يكون على غير أساس

<u>الخصوم فى دعوى الصورية :</u>

إذ كان القانون لا يوجب فى دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر فى دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى ، وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر فى أن الحكم الصاد فيها لا يكون حجة عليه " (١٩٧٧/٥/٤ فى الطعن ٥ لسنة ٤٣ق) وبأنه " إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس إلى المطعون عليهم الخمسة الأولين ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون مقررا رفض الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا وكان موضع الصورية بهذا الوضع الذى انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية فإنه لكى يكون الطعن مقبولا فى هذه الحالة يجب أن يختصم فيــه كل من البائع والمشترين فى العقد المطعــون بالصوريـة"

<u>التقادم لا يرد على الصورية :</u>

ولا تسقط دعوى الصورية بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفى العقد أو من الغير لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر ، غير أنه إذا كانت الدعوى تتضمن دعوى أخرى فإن ذلك لا يمنع من سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى فلو طعن الورثة فى الهبة الصادرة من مورثهم والمستترة فى صورة عقد البيع لم يرد التقادم على الطعن بصورية عقد البيع ولكنه يرد على ادعاء بطلان الهبة . (السنهورى بند ٦٢٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن : الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه الحالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن " .

أثر الحكم بالصورية :

إذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى صورية العقد المحرر بين الطاعنين ، عقب على ذلك بأن هذا العقد الصورى وقد زال أثره فإن الطريق ينفسخ أمام العقد الصادر الطعون عليها الأولى والمحكوم بصحة التوقيع عليه للقيام بالإجراءات المؤدية إلى نقل الملكية ، فإن هذا الذى يقرره الحكم لا يشوبه خطأ فى القانون " (١٩٥٨/١٢/٢٥ – م نقض م – ٩ – ٨٠٨) . وبأنه " لا تناقض بين أن يكون الدين صوريا بالنسبة للمحكوم لهم بصوريته وحقيقيا قابلا للتنفيذ بالنسبة للمدين الذى لم يطعن بالصورية " (١٩٣٤/٣/٢٢ – ١٩٣٤ – م ق م – ٤٢ – ٧٦٢) . وبأنه " إذا أبطل عقد من عقود التصرفات لصوريته سقط دين الثمن فى علاقة الدائن لهم فى تقاضى دينه الصورى بالمحكوم لهم بالصورية وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم فى تقاضى دينه منه ومن غلته "_(نفس الحكم السابق). وبأنه " متى كان عقد البيع موضوع النزاع صوريا صورية مطلقة قوامها الغش والتدليس لا يكون له وجود قانونا ، فتسجيله وعدمه سواء ، وبالتالى لا يكون هناك محل للمفاضلة بين تسجيله وتسجيل محضر صلح استدل به على علم المشترى بصورية عقد تمليك البائع له" (١٩٥٦/٢/٩ – م نقض م – ٧ – ٢٠٥) . (راجع فى كل هذا السنهورى المرجع السابق ، عدلى المرجع السابق المستشار محمد عبد العزيز المرجع السابق – زكى خيرى الابوتيجى – المحاماة س١٩ ص٦٠٢ – عزيز خانكى القانون والاقتصاد س٧ ص٤٢٧) .

ثانيا : إثبات التصرفات التجارية :

من المعروف أن الأعمال التجارية لها طبيعة خاصة فهى تقتضى السرعة فى المعاملات ومن ثم يجوز الإثبات شهادة الشهود فى المواد التجارية عدا بعض المسائل التجارية التى تستلزم طبيعتها الكتابة كالأعمال المصرفية والأوراق التجارية .

ومن ثم فإن إطلاق الحرية فى قواعد الإثبات بالنسبة للمعاملات التجارية أمر يتفق وطبيعة هذه الأعمال ، فليس من المتصور أن يحرر التاجر عقدا فى كل عملية تجارية مهما يلفت قيمتها ، أو أن يتوجه فى كل عقد إلى الجهات الرسمية لإثبات تاريخ العقود حتى تسرى على الغير لا سيما وأن القانون يلزم التجار بمسك دفاتر تجارية لقيد جميع معاملاتهم التى يباشرونها فيمكن الاستعانة بهذه القيود فى الإثبات .(الدكتورة سميحة القليوبى – قانون التجارة).

والعبرة فى الإثبات فى المواد التجارية هى بطبيعة التصرف وصفة الخصوم بغض النظر عن المحكمة المختصة (السنهورى) ويقصد بالعمل التجارى هو العمل الذى يتعلق بالوساطة تداول الثروات بقصد المضارية أو حتى الربح على أن يتم هذا لعمل على وجه المقاولة بالنسبة للأعمال التى يشترط فيها القانون ذلك .

وتنقسم الأعمال التجارية وفقا للتشريع المصر إلى أعمال تجارية منفردة وهى الأعمال التى يعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها ، بل حتى لو باشرها الشخص مرة واحدة ، وأعمال تجارية بطريق الاحتراف وهى أعمال لا تعتبر تجارية إلا إذا قام بها الشخص بصفة متكررة أي على سبيل الاحتراف ولذلك تسمى الأعمال التجارية بطريق الاحتراف أو المقاولة ، وقد عبر المشرع المصرى عن هذه الأعمال التجارية بلفظ " المقاولة " حينا وبلفظ "التعهد" حينا آخر ، بل انه ذكر لفظ " وكل ما تعلق " قاصدا به اصطلاح المقاولة وتعنى جميع هذه الاصطلاحات معنى واحد هو الاحتراف .

ويضيف الفقه والقضاء إلى هذين النوعين أعمالا تجارية أخرى مستندين فى ذلك إلى نص الفقرة التاسعة من المادة الثانية من المجموعة التجارية والتى تقضى بأنه يعتبر عملا تجاريا " جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بنا على نص فى العقد " إذ يرى الفقه والقضاء أن هذه الأعمال و إن كانت مدنية إلا أنها تكتسب صفة التجارية لصدورها من تاجر أثناء مباشرته لعملياته التجارية ، وتسمى هذه الأعمال التجارية بالتبعية نظرا لأنها تتبع صفة القائم بها . (د/ سميحه القليوبى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الأصل فى الشيك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون مدنيا ولا يعتبر وقرة تجارية إلا إذا كان موقعا عليه من تاجر أو مترتبا على معاملة تجارية ، وكان الأصل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو بنص القانون على غير ذلك ، وكانت العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء ، أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة بل هو إجراء سابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضائية ، وكان الثابت فى الدعوى أن الطاعن لم يدع أن الشيك موقع من تاجر أو مترتب على معاملة تجارية ، فإن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ خلص إلى أن الالتزام محل الشيك هو التزام مدنى وقضى بالفوائد القانونية بواقع ٤% اعتبارا من تاريخ تقديمه عريضة أمر الأداء يكون قد التزم صحيح القانون ، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس .(نقض ١٩٨٩/٣/٨ طعن ١٩١٣ لسنة ٥٦ق).

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كان التصرف تجاريا بين تاجر وتاجر فقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان طرفا النزاع تاجرين فلا جناح على المحكمة إن هى أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة ، ذلك لأن الإثبات فى المواد التجارية جائزة بكافة طرق الإثبات

وقد اعتبر القانون التجارى فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية منه عملا تجاريا جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التاجر والمتسببين والسماسرة والصيارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد ولا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار إنكاره للتصرف أو ادعاؤه انه لا يتجر فى البضاعة المدعى بشرائها ، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يجعل التصرف مدنيا (الطعن رقم ٥٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١/٢٨).وبأنه " حوالة الدين بين تاجرين تكتسب الصفة التجارية متى عقدت لشئون تتعلق بتجارتهما ويجوز إثباتها بالبينة والقرائن " (طعن ٦٢١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣١). وبأنه" متى كان الحكم قد أثبت قيام شركة بين شريكين للاتجار فى المصوغات والأحجار الكريمة وأن أحدهما تسلم خاتما لاستبداله بأخر أكبر منه فإن هذا الشريك يكون قد تسلم الخاتم بوصفه تاجر لإجراء عمل تجارى ولا يكون الحكم قد خالف القانون إذا أجاز إثباته بالبينة وقرائن الأحوال " (الطعن ٢١٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/١/١٩) .

ويجوز أيضا اثبات التصرفات التجارية مهما بلغت قيمتها عن طريق شهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : التصرفات فى المواد التجارية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن مهما كانت قيمتها وانه متى كان المتعاقدين تاجرين وبصدد أعمال تجارية اتبعت فى إثباتها مسائل الإثبات التجارية وفقا لما تقضى به المادة ٦٠ من قانون الإثبات كما انه من المقرر إذا حررت كتابة فى مسألة تجارية فيجوز إثبات عكس ما جاء فيها بالبينة والقرائن إلا إذا اشترط القانون التجارى الكتابة فلا يقبل إثبات عكس مضمون الكتابة إلا بالكتابة ، متى كان ذلك وكان الثابت من الأوراق : أن المنازعة انحصرت بين تاجرين وعن عمل تجارى ومن ثم ينطبق بشأنها قواعد الإثبات فى المواد التجارية وفقا لما تقضى به المادة ٦٠ من قانون الإثبات وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون فى غير محله" (الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٦/١) .

وكذلك إثبات الدين الناشئ بين الشركاء عن تصفية الشركة فقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان الثابت بالحكم المطعون فيه أن الشركة التى كانت قائمة بين مورثى طرفى الخصومة هى شركة تجارية عملها شراء القطن والذرة وبيعهما ، ولا خلاف بين الخصوم على ذلك ، فإن هذه الشركة تكون من شركات الاشخاص التى وإن كانت تنتهى بوفاة احد الشريكين الا أنها لوجوب دخولها بعد الوفاة فى دور التصفية ، تعتبر قائمة حكما بالقدر اللازم للتصفية ، فإذا اجازت المحكمة إثبات الدين الناشئ بين الشركاء عن تصفية هذه الشركة بالبينة والقرائن على اساس أنه دين تجارى فإنها لا تكون قد اخطأت فى ذلك .(الطعنان ٧٥ ، ٨٦ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٥/١٨) .

لا يشترط لإثبات شركة المحاصة الكتابة بل يجوز إثبات قيامها بشهادة الشهود وقد قضت محكمة النقض بأن : إن القانون التجارة لم يوجب الكتابة للإثبات إلا بالنسبة إلى عقود شركات التضامن والتوصية والمساهمة اما شركات المحاصة فإثبات وجودها بالبينة جائز .(الطعن رقم ٣٤ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٢/٧).

ويجوز إثبات الأعمال التجارية بطريق التبعية بشهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : اتفاق الطرفين على القيام بعمل تجارى هو استغلال مطحن يجعلهما تاجرين ، وإذ كان تفويض المطعون ضده الأول للطان ينطوى على أعمال تتصل بهذا العمل ولازمه له ، فإن هذه الاعمال تعتبر هى الأخرى اعمالا تجارية تطبيقا لمبدأ الاعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليه فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية من قانون التجارة ، وغير صحيح ما يقوله الطاعن من أن العمل التجارى يعتبر مدنيا بالتبعية لتلك الاعمال لانه هو الأصل لايتبع الفرع ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا النظر بحق اعتبار عقد الوكالة تجاريا وأجاز إثباته بالبينة ورد على دفاع الطاعن فى هذا الصدد ، فإن النعى عليه بهذين السببين يكون على غير أساس. (الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٨).

ويجوز أثبات الالتزام التجارى عن طريق شهادة الشهود وقد قضت محكمة النقض بأن : ذكر سبب الالتزام فى العد لا يمنع المدين من إثبات ان هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ولئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى إلا أن اثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من جواز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى بغير الكتابة فى المواد التجارية ومن ثم فإذا صح ما تمسك به الطاعن (المدين) من ان التزامه تجارى فإن الحكم المطعون فيه ، إذا قام قضاءه برفض طلب الطاعن تمكينه من إثبات انعدام سبب التزامه بغير الكتابة على أن سبب الدين قد ذكر صراحة فى السند وان هذا يعتبر اقرار من المدين بوجود ذلك السبب وبصحته ، ويكون قد خالف القانون لم ينطوى عليه من مصادرة لحق الطاعن فى نقض ما هو مذكور فى السند بطريق الإثبات كافة كما أن إغفاله بحث دفاع الطاعن المتضمن ان الالتزام تجارى قد أعجز محكمة النقض عن التحقق من صحة تطبيقه للقانون .(الطعن ٢٤٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٧).

ويجوز أثبات التصرفات المختلطة أى المدنية بالنسبة لطرف ، وتجارية بالنسبة للطرف الآخر فيكون الإثبات بكافة الطرق جائزا بالنسبة لمن كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه وتسرى القواعد المدنية فى ألإثبات على من يكون التصرف مدنيا بالنسبة إليه .

وقد ذهب الأستاذ / سليمان مرقص إلى انه إذا كان العمل مختلطا ، أى عملا تجاريا بين شخصين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر فتسرى القواعد المدنية فى الإثبات على من يكون التصرف مدنيا بالنسبة إليه فلا يجوز إثبات وفاء الدين إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا ، وإنما يشترط أن يتمسك الدائن بذلك أمام محكمة الموضوع ولا يجوز له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، وتسرى القواعد التجارية ويجوز الإثبات بالبينة فى حق من يكون التصرف تجاريا بالنسبة إليه، أى أن كون العمل القانونى تجاريا لا يعفى التاجر من إثبات دعواه على غير التاجر بالكتابة ، ولكن يجيز لغير التاجر ان يثبت دعواه على التاجر بالبينة ، فإذا باع أحد الزراع محصولا ناتجا من أرضه إلى تاجر قصد الاتجار فيه ، فيجوز للزارع أن يثبت بالبينة انعقاد البيع وتسلم التاجر المحصول ، ولا يجوز إثبات براءة ذمته من الثمن الا بالكتابة فيما زاد على نصاب البينة

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان التصرف حاصلا بين شخصين وكان بالنسبة لاحدهما مدنيا وبالنسبة للآخر تصرفا تجاريا ، فإن قواعد الإثبات فى المواد هى التى تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة إليه فلا يجوز إثبات وفاء الدين إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة تصرفا تجاريا .(الطعن ٣١١لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١١/١١) .

يجوز إثبات وجود شركات الواقع بشهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن: استبعد المشرع المواد التجارية من الأحكام التى وضعها للإثبات فى المواد من ٦٠ ٦٣ من قانون الإثبات وجاءت تلك المواد لتنظيم قواعد الإثبات فى غير المواد التجارية واباح القانون فى المواد التجارية الإثبات بالبينة كقاعدة عامة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك فى قانون التجارة أو القانون البحرى ، ولما كان قانون التجارة لم يوجب الكتابة للإثبات الا بالنسبة لعقود شركات التضامن والتوصية المساهمة ، أما الشركات الواقع فإنه يجوز إثبات وجودها بالبينة وتستقل محكمة الموضوع باستخلاص قيام شركة الواقع أو عدم قيامها من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما اقامت قضاءها على اسباب سائغة

<u>كيفية إثبات السمسرة :</u>

أنه وإن كانت السمسرة عملا تجاريا بطبيعته ، محترفا كان السمسار ، أو غير محترف ومدنية كانت الصفقة التى توسط فى ابرامها ، أو تجارية ، الا أن هذا الوصف لا ينضبط ولا يتحقق الا فى شأن السمسار وحده ، لا يتعداه إلى غيرة ممن قد يتعاملون معه ، ذلك أن النص فى المادة الثانية من قانون التجارة على اعتبار السمسرة عملا تجاريا إنما يراد به اعمال السمسرة أو الوساطة فى ذاتها وهى من خصائص السمسار وحده ولا شأن لعميله بها وهو بذلك لا ينصرف إلى اعتبار السمسرة عملا تجاريا فى حق السمسار وفى حق عميله سواء

وبحيث يقال ان هذا الأخير إذ يطلب وساطة السمسار فى إبرام صفقة ما يباشر عملا تجاريا هو الآخر ، ومن ثم فإن عقد السمسرة يعتبر عملا تجاريا من جانب واحد هو جانب السمسار دائما وفى جميع الاحوال ولا يجرى عليه نفس الوصف بالنسبة للجانب الآخر وإنما يختلف الوضع فيه باختلاف ما إذا كان هذا الجانب تاجرا أو غير تاجر وتبعا لطبيعة الصفقة التى يطلب السمسار التدخل فى ابرامها ، ومؤدى هذا النظر انه يرجع فى الإثبات إلى القواعد القانونية العامة من مقتضاها انه متى كان التعاقد بين تاجرين ولاعمال تجارية اتبعت فى إثباته وسائل الإثبات التجارية وإن كان بين تاجر وغير تاجر او بين تاجرين لاعمال لا تتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها اتبعت فى اثباته وسائل الاثبات التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية بالنسبة لغير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذى يعتبر العمل مدنيا من ناحيته وإذ كان ذلك وكانت الصفقة التى يقول الطاعن انه توسط فى ابرامها وهى شراء أرض ومبانى فندق – مدنية بطبيعتها ولا يغير من طبيعتها هذه كون الشركة المطعون عليها تباشر نشاطها التجارى فيه فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ انتهى فى نتيجته إلى رفض طلب إثبات عقد السمسرة بين الطاعن والشركة المطعون عليها بالبينة ما دامت قيمته تجاوز النصاب الجائز اثباته بشهادة الشهود

<u>كيفية إثبات الرهن المعقود لضمان دين تجارى :</u>

إن ما يتطلبه القانون المدنى لنفاذ الرهن الحيازى للمنقول فى حق الغير من ادوين العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها مبلغ الدين المضمون بالرهن أو الحد الأقصى الى ينتهى إليه هذا الدين إذا لم يمكن تحديده وقت الرهن كحالة ترتيبه ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، هذا الذى يتطلبه القانون المدنى لا يسرى على الرهن التجارى ذلك أنه طبقا للمادة ٧٦ من القانون التجارى بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذى يعقد لضمان دين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى الموا التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير ومن ثم فإن القانون التجارى يكتفى لنفاذ الرهن فى حق الغير بانتقال حيازة الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقا للمادة ٧٧ من القانون التجارى ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد فى أية ورقة ، وكتى كان لا يلزم وجود عقد مكتوب عليه لا يكون لازما للاحتجاج بالرهن على الغير ، يؤكد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ ومن ثم فإن الرهن التجارى للمنقول يكون صحيحا ويحكم به على الغير ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التى للدائن المرتهن فى ذمة المدين الراهن بغير تحديد لها وفى هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير ما إذا كانت ارادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون التجارية التى كانت قائمة فعلا فى ذمة المدين وقت ترتيب الرهن فحسب أو أن الضمان يشمل أيضا الديون المستقبلة (الطعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ مج س ١٧ ص ٢٠٣٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كانت حيازة الراهن – التاجر – للموتورات قرينة قانونية على ملكيته لها . وكان رهنها حيازيا لايتطلب وثيقة رهن خاصة تشتمل على ارقامها وواوصوفها لما هو مقرر من جواز إثبات هذا الرهن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية عملا بالمادة ٧٦ من قانون التجارة بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ إذ كان ذلك وكان حسن النية يفترض دائما فى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس الذى يقع عبء اثباته على من يدعيه ، والذى عليه أن يثبت أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت ابرام الرهن أو كان فى مقدوره أن يعلم أن الراهن غير مالك للشئ المرهون أو أن ملكيته له مهددة بالزوال فإن استدلال الحكم على سوء نية الطاعن بالقرائن التى أوردها ، والتى لا تؤدى إلى ما استخلصته منها يكون فاسدا ومخالفا للقانون .(الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٩ مج س٢٤ ص٦٤٤). وبأنه " إثبات وجود الديون التجارية وانقضائها فى علاقة المدين بالدائن الأصلى طليق من القيود التى وضعها الشارع لما عداها من الديون فى المواد ٤٠١ – ٤٠٣ من القانون المدنى فيجوز الإثبات فى المواد التجارية – إلا ما إستثنى بنص خاص – بكافة طرق الإثبات القانونية حتى لو انصرف الإثبات ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أجاز للمطعون ضدهم أن يثبتوا بكافة الطرق القانونية أن السبب الحقيقى للسند الصادر منهم لدائنهم الطاعن ليس قرضا بل تبعا لقيام معاملة تجارية بينهم وبين دائنهم كتجار وانهم أوفوا بقيمة المعاملة المذكورة ، فإن الحكم المطعون فيه لايكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٧٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ مج س٢١ ص٦٩٣) .

<u>كيفية إثبات العادات التجارية :</u>

المقصود بالعادات التجارية التى تعنيها الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٢ مدنى هى ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن واوضاع فى التعامل فيكفى فى العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لاحكام القانون ، ولما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال بقوله " وحيث أن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات وخير دليل عليها ما كان مستمدا من طبيعة العمل نفسه ومن خصائصه الكامنة فيه ولا مرية فى أن عملية القرض الطويل الاجل هى من صميم اعمال البنك العقارى المصرى وفقا لقانونه النظامى وفى ان العادة قد جرت منذ نشوء الائتمان العقارى فى مصر على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال فى كل قرض عقارى ذى اجل طويل وهذه العادة مذكورة فى المؤلفات الاقتصادية وفى كتب القانون على انها العادات التجارية التى تستمد كيانها من طبيعة العمل ذاته والمفروض أن المشرع كان يعلم بها علم اليقين حين عمل على حماية عادات التجارية بالاستثناء المنصوص عليه فى عجز المادة ٢٣٢ ، مدنى

ولعل صورة هذه العادات بالذات كانت مقدمة الصور التى كانت بخاطره عندما وضع هذا الاستثناء " فإن هذا الذى قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه . (الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧) .

والملاحظ أنه يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات فى المواد التجارية عن طريق الكتابة

إجازة الإثبات بالبينة فى المواد التجارية هى رخصة مقررة خلافا للأصل الذى يوجب الإثبات بالكتابة فى التصرفات القانونية التى تجاوز قيمتها نصاب البينة أو فيما يخالف الثابت بالكتابة ، ولأنها رخصة متروكة لتقدير القاضى ، وليس فيها ما يتعلق بالنظام العام فإنه يجوز للمتعاقدين النزول عنها بأن يتفقا على ألا يكون الإثبات بينهما حتى فى علاقاتهما التجارية إلا بالكتابة ويقع هذا الاتفاق صحيحا ويتعين العمل بموجبه ، وبناء على ذلك إذا اتفق تاجران على عدم قبول البينة فى الإثبات بينهما ، كان هذا الاتفاق صحيحا .(مرقص – المرجع السابق) .

ثالثا : إثبات المصروفات القانونية المدنية التى لا تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه :

القاعدة العامة فى التصرفات المدنية كما سبق القول بأنه يجوز الإثبات شهادة الشهود طبقا لنص المادة ٦٠ إثبات فى التصرفات القانونية المدنية التى لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه مصرى أما ما يجاوز هذا النصاب أو كان غير محدد القيمة فيكون إثباته بالكتابة ويكون واجبا كقاعدة عامة .

والملاحظ أن المشرع قد يتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزيد قيمتها على خمسمائة جنيها كما هو الشأن فى عقد وعقد الصلح أو تلك التى تتطلب الكتابة فى إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها . أو حالة ما إذا كان هناك اتفاق بين الخصوم على الإثبات بالكتابة على خلاف القاعدة العامة .

<u>والعبرة فى تحديد قيمة التصرف هى بقيمة وقت إبرامه :</u>

والعبرة فى تحديد قيمة التصرف هى بقيمته وقت إبرامه لا وقت رفع الدعوى به . كما أن العبرة بقيمة التصرف كاملة وليس بالمطلوب فى الدعوى . ومن ثم إذا كانت قيمة التصرف عند صدوره تزيد على خمسمائة جنيه كانت الكتابة واجبه لإثباته ولو قلت القيمة عند رفع الدعوى أو طالب المدعى بجزء منه .

وعلى ذلك إذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره لا تزيد على خمسمائة جنيه ثم زادت هذه القيمة وقت المطالبة به عن هذا القدر بسبب قد يرجع الى إضافة الفوائد فيجوز الإثبات هنا بشهادة الشهود وهكذا .

تعدد الطلبات فى الدعوى :

وإذا تعددت الطلبات فى الدعوى وكانت ناشئة عن مصادر متعددة كان الإثبات بالشهادة جائزا فى كل طلب لا تزيد قيمته على النصاب المحدد ولو تجاوز مجموع الطلبات كلها النصاب المحدد (م٣/٦٠ إثبات) أى إذا تعددت الطلبات وكانت تقوم على سبب قانونى واحد جمعها ولو تعدد الخصوم فمطالبة ورثة الدائن لا تحتسب على أساس نصيب كل منهم فى الحق المراد اقتضاؤه وإنما تحتسب على أساس قيمة أصل الدين والقاعدة المقررة فى المادة ٣/٦٠ إثبات هى المقررة فى قانون المرافعات فى المادة ٣٨ ،٣٩ منه .

وعلى ذلك إذا طالب الدائن مدينه بثلاثة ناشئة عن عقد قرض وعقد بيع وعقد إيجار فإنه يستطيع أن يثبت كلا من هذه المبالغ الثلاثة بشهادة الشهود إذا كانت قيمة كل منها لا تجاوز خمسمائة جنيه لو جاوزت الديون مجتمعة هذ القيمة ، وكذلك الحكم إذا كانت التصرفات من طبيعة واحدة ولكنها تمت فى أوقات مختلفة كبيع ساعة ٤٩٥جنيها ، وقلم بثمانية جنيهات ، إذ يستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يثبت بشهادة الشهود كل تصرف على حده رغم أن مجموع ما يطالب به يزيد على خمسمائة جنيه ولكن إذا بيعت هذه الأشياء كصفقة واحدة ، فإننا تكون بصدد تصرف واحد تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، وبالتالى تجب الكتابة فى إثباته . (الدكتور / عبد الودود يحيى دروس فى قانون الإثبات) .

نطاق تطبيق هذه القاعدة من حيث الأشخاص :

هذه القاعدة تنصرف إلى أطراف التصرف وخلفهما العام أو الخاص وذلك فى حدود معينة .

ومن ثم فإن هذه القاعدة لا تنصرف إلى الغير ، وبالتالى فلا يكون الإثبات واجبا عليه وإنما يجوز له إثبات هذا التصرف بكل طرق الإثبات ومنها الشهادة والقرائن . (إنظر نقض مدنى ١٩٦٦/١٢/٦ س١٧ ص١٧٧٠) .

الوفـاء الجـزئى :

نصت المادة ٤/٦٠ من قانون الإثبات على أنه " وتكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلى " ، وعلى ذلك فإن العبرة فى إثبات الوفاء تكون بقيمة الالتزام محل الوفاء ولو كان الوفاء جزئيا وقد حذف المشروع من القانون القائم عبارة – وكذلك الحكم فى كل وفاء لا يزيد قيمته على عشرة جنيهات " ، ذلك أن هذا الحكم كان محل نقد نظرا لأنه يمكن من يتمسك بالوفاء من ادعاء الوفاء على دفعات متعددة لا تجاوز قيمة كل منها النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود فيتيسر له بذلك الإثبات بشهادة الشهود ولو جاوزت قيمة التزامه نصابها ويتخلص بذلك من واجب الإثبات بالدليل الكتابى وهو تحايل لا يجوز إقراره . (المذكرة الإيضاحية) .

استثناء من قواعد الإثبات يجوز إثبات التحايل على القانون بشهادة الشهود حتى ولو زادت القيمة عن خمسمائة جنيه وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كان من المقرر وفقا للقواعد العامة فى الإثبات وما نصت عليه المادتان ٦٠و٦١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ انه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب إثباته بالكتابة ما لم يجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك ، ويقصد بما يجب إثباته بالكتابة التصرف غير المحدد القيمة أو الذى تزيد قيمته على عشرين جنيها وكذلك ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى وكان المقرر بنص المادة ١٦ من قانون إيجار الأماكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ انه " اعتبار من تاريخ العمل بهذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة ويلزم المؤجر عند تأجير أى مبنى أو وحدة أن يثبت فى عقد الإيجار .... ويجوز للمستأجر عند المخالفة إثبات واقعة الـأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات ..." ، (وهو نفس ما قررته المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧) ، مما مؤداه أن المشرع قد أجاز للمستأجر فى هذه الحالة واستثناء من قواعد الإثبات سواء أكانت الكتابة غير موجودة أصلا أو وجدت الأماكن – حسبما يبين من – مناقشة هذا النص فى مجلس الأمة – هو الحد من صور التلاعب والاحتيال على أحكامه سواء بامتناع المؤجر عن تحرير عقد إيجار للمستأجر أو اتخاذه وسيلة لإخفاء أمر غير مشروع ولذلك رخص للمستأجر عند مخالفة ذلك النص إثبات واقعة التأجير . وجميع شروط العقد بكافة الطرق ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق إثبات حقيقة العلاقة الايجارية القائمة بينه وبين المطعون عليه عن شقه النزاع وصورية عقد التمليك المحرر له عنها على خلاف الحقيقة فإن طلبه يكون متفقا وصحيح القانون بما يجيز قبوله . وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب بمقولة عدم توافر الأدلة والقرائن على وجود الاحتيال أو قيام مبدأ ثبوت بالكتابة للعلاقة الايجارية فإنه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه وحجب نفسه بالتالى عن تحقيق دفاع جوهرى للطاعن كان من شأنه لو صح تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، هذا إلى أن ما ساقه الحكم المطعون فيه تبريرا لقضائه السالف برفض طلب الإحالة إلى التحقيق مشوب بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ذلك ان المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه ولئن كان لمحكمة الموضوع أن تأخذ فى قضائها بما ترتاح إليه وتطرح ما عداه باعتبارها صاحبة الحق فى تقدير ما يقدم إليها فى الدعوى من أدلة وفى فهم ما يكون فيها من قرائن إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها لما تقتنع به سائغا وأن تكون الأسباب التى أوردتها فى صدد هذا الدليل من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه ، مما مفاده أنه إذا أوردت المحكمة أسبابا لتبرير الدليل الذى أخذت به أو لنفيه فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة محكمة النقض التى لها أن تقضى بنقض الحكم إذا كان استخلاصه غير سائغ لابتنائه على أدلة أو قرائن ليس من شأنها أن تؤدى إليه عقلا ، أو كان مبنيا على جملة أدلة مجتمعة بحيث لا يعرف أيها كان أساسا جوهريا له ثم تبين فساد أحدها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع استبعاده

ولما كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه أنه أورد فى تبرير قضائه أسبابا مفادها أن العقد موضوع التداعى لم يتضمن فى بنوده ما يوحى بأنه اقترن بالغش أو قصد به التهرب من القانون إخفاء للسبب غير المشروع الذى يقول به الطاعن وهو تقاضى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه خلو رجل فى علاقة ايجارية شفوية بينهما ... وكان الطاعن لم يبادر إلى إبلاغ النيابة بهذه الواقعة فور حيازته للشقة وكانت النيابة قد باشرت التحقيق فيها وانتهت منه إلى قرار بالحفظ يكتسب حجية أمام القضاء المدنى وتلتزم به المحكمة وكان الطاعن لم يمثل أو يبد هذا الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى كما لم يرفع دعواه بطلب الاعتداء بعقد الإيجار وصورية عقد التمليك إلا بعد رفع دعوى الفسخ الماثلة بعد شهور ... وكانت الأوراق قد خلت مما يسند زعمه بسداد بعض أقساط الأجرة أو بقيام مبدأ ثبوت بالكتابة هو مجرد إدعاء لا تؤازره أدلة الدعوى والقرائن المستفادة من أوراقها ولا يكفى لإثباتها الصورية بشهادة الشهود الأمر الذى تلتفت معه المحكمة عن طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها ، لما كان ما تقدم وكان ما استدل به الحكم على نفى الصورية عن العقد بخلو بنوده مما يدل على اقترافه بالغش أو التحايل على القانون وإخفاء سبب غير مشروع فى حين أن الصورية لا يلجأ إليها إلا ابتغاء ستر هذه الأمور ، كما أن عدم مبادرة الطاعن بإبلاغ النيابة بواقعة خلو الرجل أو تراخيه فى رفع دعواه بالاعتداء بالعلاقة الايجارية وبصورية عقد التمليك لما بعد رفع دعوى الفسخ – ليس من شأنه نفى الصورية ولا يدل بذاته على عدم وجودها – أما القول بأن قرار الحفظ الصادر من النيابة فى شأن واقعة خلو الرجل يكتسب حجية أمام القضاء المدنى فمردود بما هو مقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من أن الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تكتسب حجية أمام القضاء المدنى لأنها لا تفصل فى موضوع الدعوى بل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها للمحكمة للفصل فى موضوعها كما وأن الصورية القائمة على الاحتيال على القانون لا تقتضى – وعلى ما هو مقرر بقضاء النقض – قيام مبدأ ثبوت بالكتابة لا مكان تحقيقها وإثباتها بالقرائن وشهادة الشهود ، لما كان ذلك وكان البين منه أن الأدلة والقرائن التى أوردها الحكم المطعون فيه واستخلاص قضاءه من مجموعها - لا يؤدى بعضها إلى ما انتهى إليه فضلا عن فساد البعض الأخر منها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع استبعادها فإن الحكم لذلك يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب .(الطعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٧).

يجوز إثبات دفع المهر فى الزواج بالكتابة عملا بنص المادة ٦٠ اثبات وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد تمسك فى المذكرة المقدمة منه لمحكمة الدرجة الأولى بتاريخ ١٩٩٤/٦/١٢ بعدم جواز إثبات دفع مبلغ المهر إلا بالكتابة عملا بنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات ، وكان من المقرر أن تسليم الخاطب مخطوبته قبل العقد مالا محسوبا على المهر يعتبر تصرفا قانونيا يخضع فى إثباته للقواعد العامة فى الإثبات

وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بجواز إثبات تسليم الخاطب لولى مخطوبته مبلغ المهر ومقداره عشرة آلاف جنيه بشهادة الشهود على سند من أن هذا التسليم يعد واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا واتخذ من أقوال الشهود فى التحقيق الذى اجرته المحكمة عمادا لقضائه برد المهر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .(الطعن رقم ٥٢٠٨ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٧/٨) .

وإذا تمسك الزوج أو الخاطب بأن المانع الأدبى قد حال بينه وبين الحصول على دليل كتابى فيجوز هنا إذا أخذت المحكمة بهذا الدفاع اثبات ذلك بشهادة الشهود .

ويعد غشا يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات تسلم الدائن مقدار المديونية المحدد نسبة المديونية (كشيك مثلا) وتسليمه المدين سندا آخر مقلد وقد قضت محكمة النقض بأن : تمسك الطاعن بأن المطعون ضده بعد أن تسلم منه مبلغ الشيك سند المديوينة سلمه شيكا آخر مقلد وأوهمه غشا منه بأنه السند الصحيح المسلم له منه واستدلاله على ذلك بتقرير الخبير الذى اثبت أن الشيك المسلم له منه مقلد بطريق الضغط على الشيك الأصلى وطلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق . دفاع جوهرى . التفات الحكم عن بحث هذا الدفاع بما لا يصلح ردا عليه على قالة أنه لم يثبت من تقرير الخبير أن الشيك قد اصطنع بمعرفة المطعون عليه واعتناقه أسباب الحكم الابتدائى استنادا إلى أنه لايجوز إثبات ما يدعيه إلا بالكتابة . قصور وإخلال بحق الدفاع . (نقض ١٩٩٦/١١/١٠ ، الطعن رقم ٢٣٧١ لسنة ٥٩ق). (نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ٣٦ص ١٢٠٩) .

صدور حكم بثبوت العلاقة الإيجارية يقوم مقام العقد المكتوب وذلك فيما أثبته فقط أما إذا لم يثبت الحكم أى شرط من شروط العقد فلا يقوم هذا الحكم مقام العقد فى إثباته وقد قضت محكمة النقض بـأن : إذا كانت المسألة ثبوت العلاقة الإيجارية بين الطاعن والمطعون ضده قد حسمها الحكم الصادر فى الدعوى رقم (....) لسنة ١٩٨١ مدنى دمياط الابتدائية ، وإذ لم ينازع المطعون ضده – المستأجر – فى ذلك بل أقام دعوى فرعية بطلب إلزام الطاعنة – المؤجرة – بتحرير عقد إيجار له عن العين محل النزاع فإن الحكم الصادر فى الدعوى سالفة الذكر يقوم مقام العقد المكتوب فى إثبات العلاقة الإيجارية ، ومن ثم فإن قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول دعوى الطاعن لعدم وجود عقد ايجار مكتوب مخالفا للقانون .(الطعن رقم ٧٠٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/١٢/١٢). وبأنه " إذا كان الحكم بثبوت العلاقة الإيجارية لا يغنى عن الحكم بإلزام المؤجر – الطاعن بتحرير عقد إيجار موضحا به القيمة الإيجارية وباقى شروط العقد ، فإن دفاع الطاعن بعدم وجود محل لطلب إلزامه بتحرير عقد ايجار ، طالما قضى بثبوت العلاقة الإيجارية غير جوهرى ، ولا يعيب الحكم إغفاله الرد عليه ويكون النعى على غير أساس "(الطعن رقم ٧٠٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/١٢/١٢)

قواعد الإثبات ليست من النظام العام :

من المقرر أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام ، ويجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها ولقاضى الموضوع السلطة التقديرية فى استخلاص القبول الضمنى من سلوك الخصم متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . (نقض ٧٧/٦/٣٠ سنة ٢٨ص١٥٤٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإثبات ومنها ما يتعلق بمن يكلف به ليست من النظام العام ، ويجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا ، وكان الطاعنون لم يتمسكوا أمام محكمة الاستئناف بأن الخبير خالف قواعد الإثبات فإن النعى على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص يكون غير مقبول (نقض ١٩٨٥/١٠/٢٤ ، الطعن رم ٢٢٦٠ لسنة ٥١ق ، نقض ١٩٨٢/٣/٢٨ ، الطعن رقم ١٢٥٤ لسنة ٤٨ق ، نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ سنة ٢٨ ص٧١٨). وبأنه " قواعد الإثبات ليست من النظام العام . جواز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا . لصاحب الحق فى التمسك بها النزول عنها . إحالة الدعوى للتحقيق . قبول الخصم الحكم بإعلان شهوده وسماعهم دون اعتراض منه حتى صدور الحكم فى الموضوع . اعتباره نزولا عن حقه فى التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة . عدم جواز التمسك به أمام محكمة الاستئناف (نقض ١٩٩٤/١/٩، الطعن رقم ٢٤٩٧ لسنة ٦٣ق). وبأنه " قاعدة عدم جواز إثبات التصرفات القانونية المدنية إلا بالكتابة ، فيما زادت قيمته على عشرين جنيها ، أو إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة . عدم تعلقها بالنظام العام . أثره . اعتراض الخصم على طلب الإثبات بالبينة فيما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . عدم جواز الإثبات بغير هذا الطريق (نقض رقم ١٣٧١ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٣/٥/١٢ ، الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٤٧ ق – جلسة ٨٢/٣/٤ وبأنه قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام . جواز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها ولصاحب الحق فى التمسك بها التنازل عنها . طلب أحد الخصوم إثبات حقه بالبينة وسكوت الخصم الآخر عن التمسك بعدم جواز الإثبات بهذا الطريق عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة للتحقيق . اعتباره قبولا منه لجواز الإثبات بالبينة "

يجوز إثبات الظروف والملابسات المادية التى أحاطت بالدليل الكتابى بشهادة الشهود وقد قضت محكم النقض بأن : إذ يجوز للخصوم ، إثبات الظروف والملابسات المادية التى احاطت بالدليل الكتابى بالبينة والقرائن إذ لا يندرج ذلك تحت حظر إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى بشهادة الشهود والقرائن على مقتض المادتين ٦١ ، ١٠٠ من قانون الإثبات ، فإن الطاعنين إذ طلبوا إلى محكمة الموضوع التحقيق من أن التوقيع تحت لفظ المستأجر هو لمورثهم دون توقيع مورث خصومهم وذلك بمجرد الاطلاع على الورقة أو إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك توصلا لإثبات دفاعهم سالف البيان فإنه لا يكون ثمة مخالفة قانونية فى هذا الشأن .(الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٠).

وجوب تناول المحكمة أقوال الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : تمسك الطاعن بصحيفة استئنافه ببطلان إعلان مورثته بصحيفة افتتاح الدعوى وإعادة إعلانها بها وببطلان إعلانها بالحكم الصادر فها لتوجيه تلك الإعلانات عن غش إلى عنوان مزيف إحالة محكمة الاستئناف الدعوى للتحقيق فى شأن هذا الدفاع . قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حق الطاعن فى الاستئناف من غير تناول أقوال الشهود ومؤداها مع أن المحكمة ما أحالت الدعوى للتحقيق إلا لعدم كفاية أوراق الدعوى بحالتها لتكوين عقيدتها فى شأن دفاع الطاعن . قصور مبطل وخطأ .(الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٤).

تقدير الشاهد بجلسة المحاكمة أنه لا يذكر شيئا عن الواقعة بسبب النسيان . سكوت الطاعنة والمدافع عنها عن استجوابه . النعى على المحكمة تعويلها على اقوال ذلك الشاهد فى التحقيقات . غير مقبول وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان يبين من محضر جلسة المحاكمة بتاريخ ١٩٩٩/١/٣ أن الشاهد ضابط الواقعة فور أن القضية منذ عام ١٩٩٦ ولا يذكر شيئا عنها وأن أقواله ثابته بالتحقيق ، فكان أن سكتت المحكوم عليها والمدافع عنها عن أن يوجها له ما يعن لهما من وجوه الاستجواب وتنازلا عن سماع أقوال شهود الإثبات ومضت المرافعة دون أن تلوى على أى شئ يتصل بقالة الشاهد بنسيان الواقعة . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد استعملت حقها فى التعميل على اقوال الشاهد ضابط الواقعة فى التحقيقات ، فإن الحكم المطعون فيه يكون بريئا من أى شائبة فى هذا الخصوص . (الطعن رقم ١١٠٥١ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٥).

أحكام النقض :

إذا كان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف أنه أوفى المطعون ضده أتعابه المطالب بها وطلب تمكينه من إثبات هذا الدفاع بسماع شهود على ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى يكون قد ران عليه القصور المبطل.

انعقاد الاتفاق فى العقد . عدم لزوم إثبات الإيجاب والقبول فى محرر واحد . (الطعن رقم ٤١٥٨ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٩/٣/١٨).

تمسك الطاعن بأن المقصود من الشرط الوارد فى العقد هو منع المطعون ضدها الأولى من التصرف فى نصيبها إلى أى من ولديها الطاعن أو المطعون ضده الثانى إلا بموافقة الآخر و إن أساءوا التعبير عن مقصودهم وطلبه إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ذلك وجوب إجابة الطاعن إليه . التفات الحكم عنه استنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأن هذا الشرط وهى بذاتها موضوع الطعن عليه ، قصور وفساد فى الاستدلال . (نقض ١٩٩٨/١/٨، الطعن رقم ٥٥٢٧ لسنة ٦١ق) .

الأعمال الزراعية . عدم اعتبارها عملا تجاريا ، مادة ٢ من القانون التجارى .(نقض تجارى ١٩٩٩/١/٤ ، طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٨ق) .

طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا . التزام محكمة الموضوع بإجابته إليه . شرطه . أن تكون الوسيلة منتجة فى النزاع وليس فى أوراق الدعوى والأدلة المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها .(الطعن رقم ٣٤٥٦ لسنة ٦٧ق – جلسة ١٩٩٩/٣/١٨).

صدور حكم نهائى من جهة قضائية لها ولاية إصداره . أثره . حيازته الحجية قبل أى جهة قضائية أخرى . انتهاء الخبير إلى عدم صلاحية البصمة الموقع بها على المحرر المطعون عليه للمضاهاة لأنها مطموسة . بقاء أمر تحقيق صحته لقواعد الإثبات الأخرى . أثره . إثبات حصول التوقيع باعتباره واقعة مادية بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود .(نقض ١٩٩٢/٧/٢٦ ، الطعن رقم ٢١٣١ لسنة ٥٧ق).

حق الوارث فى الطعن على تصرف المورث بأنه وصية لا بيع وأنه قصد به التحايل على أحكام الإرث . حق خاص مصدره القانون وليس حقا يتلقاه عن مورثه . اعتبار الوارث فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر . شرطه . أن يكون طعنه على التصرف أنه يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض مورث المورث . له فى هذه الحالة إثباته بكافة الطرق . طعن الوارث على تصرف المورث بالصورية المطلقة مصدره خلافته عن المورث لا القانون ، تقيده فى إثباته بما كان يجوز لمورثه من طريق الإثبات وبالتالى يتقيد فى إثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابى الذى يقيد سلفه .(نقض ١٩٦٤/٤/٩ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٥ ص٥٢٥).

إن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان فى حيازته ماديا من عقار أو منقول أو نقد وكذلك استيلاء وارث ما على شئ من مال التركة عقارا كان أو منقولا أو نقدا كل ذلك من قبيل الوقائع التى لا سبيل لإثباتها إلا بالبينة . وإنما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التعاقدى الذى يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانونا عنهم دليل قانونى يدل عليه .(نقض ١٩٣٥/٥/٢٣ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥سنة ، الجزء الأول ص٣٩ قاعدة ١١٠).

يجوز اتفاق الخصوم على مخالفة قاعدة عدم جواز الإثبات فيما يجب فيه الإثبات بالكتابة ، كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنه . طلب الخصم تكليف الخصم الآخر إثبات ما يدعيه بشهادة الشهود .مما يقطع برضائه الإثبات بهذه الطريقة .(نقض ١٩٦٢/١١/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٣ص ١٠٣١).

القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ومن ثم تخضع للقواعد العامة فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات .(نقض ١٩٦٧/٤/٢٠، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٨ ص٨٥٠).

اتفاق شخصين على القيام بعمل تجارى يجعلهما تاجرين . تفويض أحدهم للآخر فى القيام بأعمال لازمة لهذا العمل التجارى ومتصلة به يجعلها بدورها تجارية وفقا لمبدأ الأعمال التجارية بالتبعية . اعتبار عقد الوكالة استنادا إلى ذلك تجاريا وإجازة إثباته بالبينة . لا خطأ .(نقض ١٩٧٢/١٠/٢٨ سنة ٢٣ ص١٢٢٥).

الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بان يدفعا إلى المدعية مبلغا تعويضا لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى علبة استودعتها السيد هى دعوى متضمنة فى الواقع دعويين ، الأولى : أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة وإثبات الجريمة جائز قانونا بأى طريق من طرق الإثبات فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية : موجهة إلى السيد وأساسها أن الخادم الموجه إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال تأدية وظيفته عنده وهذه ليست مطلوبا فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن .(نقض ٤٧/٥/١ مجموعة عمر ، الجزء ، الخامس ٤٣٢).

طلب الطاعنين المحكوم لهم امام محكمة أول درجة إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات دعواهم وقضاء المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم المستأنف دون أن تفسح للمستأنف عليهم طريق إثبات دعواهم . قصور وإخلال بحق الدفاع .(نقض ١٩٨٠/١/٢٣ ، الطعن رقم ٧١٢ لسنة ٤٩ق).

لم يكتف المشرع بمجرد الحصول على ترخيص خاص بالتأجير من الباطن ، بل اشترط صراحة أن يكون ذلك الترخيص كتابة ، فلا يجوز عند المنازعة فى حصول هذا الترخيص إثباته بغير هذه الوسيلة التى حددها المشرع ، غير أن الكتابة قد اشترطت فى هذه الحالة ، باعتبارها وسيلة إثبات فقط فيقوم مقامها فى ذلك الإقرار واليمين وفقا للقواعد العامة ، إلا أنه لا يجوز الاستعاضة عنها بالبينة والقرائن إلا فى الحالات التى تجيز فيها القواعد العامة ذلك

الدليل لا ارتباط له بالمسئولية فى حد ذاتها تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته ، فقد تكون المسئولية تعاقدية ويكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن وذلك بالنسبة للوقائع التى يكون فيها موقف الخصم المراد إثباتها فى حقه موقفا سلبيا فيكون الحصول منه على كتابة مثبتة لها معلقا على محض إرادته إن شاء أصدرها وإن شاء رفض ، ولا يكون لخصمه حيلة إزاء رفضه وكان لا موجب قانونا لإلزام هذا الأخير بإفراغ ما يصدر منه فى شأنها فى شكل إعذار رسمى لخصمه يتم على يد محضر، فلا يعتبر الإعذار شرطا لوجودها ولا دليلا مطلوبا لإثباتها ، إذا هى لم تصدر من الخصم المطلوب إثباتها فى حقه ولا دور له فيها اللهم إلا موقفه السلبى منها بالرفض ، فهى لا تعدو فى حقه واقعة مادية صرف . لما كان ذلك

وكانت المطالبة بالوفاء تصدر من الدائن لا من المدين وموقف المدين منها موقف سلبى ولا التزام عليه فى إصدار كتابة بها لخصمه ولا موجب قانونا يلزما خصمه بإفراغها فى شكل إجراء رسمى إعذار أو غيره فإن الإعذار لا يعتبر شرطا لوجودها مطلوبا لإثباتها ، فتضحى مجرد واقعة مادية بالنسبة لخصمه ولو تضمنت تصرفا قانونيا صادرا بالإرادة المنفردة منه ، طالما أنه لا يحتاج إلى قبول من خصم له . (نقض ١٩٨٣/١/٢ الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٥١ق).

لما كانت المطعون ضدها الأولى – البائعة – لم تشترط فى ملحق العقد الذى اتفق فيه على الشرط الفاسخ الصريح أن يكون الوفاء بباقى الثمن فى موطنها وانه لزاما عليها حتى يتحقق هذا الشرط أن تسعى إلى الطاعن فى موطنه وتطالبه بباقى الثمن ، أو أن تعذره بالوفاء ، ولما كان الانتقال إلى محل إقامة الطاعن ومطالبته بالوفاء والامتناع عنه هى جميعا فى حق المشترى الذى لم تصدر منه ، وكان موقفه منها لم يتجاوز الرفض فهو فى موقف سلبى محض من قبيل الوقائع المادية ، وكان لا موجب قانونا على البائعة بإفراغها فى شكل إعذار رسمى – وإن جاز لها ذلك – ومن ثم فإنها تخرج عن نطاق التصرفات القانونية الواجب اتباع القاعدة المقررة بالمادة ٦٠ من قانون الإثبات فى شأن إثباتها فى حق الطاعن – المشترى – وهى على هذا النحو يجوز إثباتها بالبينة والقرائن فى حقه . لما كان ما سلف ، وكان الحكم المطعون فيه قد سلك هذا السبيل وقضى برفض الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة ، وأجاز إثبات سعى المطعون ضدها إلى الطاعن فى محل إقامته ومطالبته بالوفاء بباقى الثمن وامتناعه عن الوفاء بالبينة ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى فى التسبيب الأول على غير أساس .(نقض ١٩٨٣/١/٢ ، الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٥١ق).

مفاد نص المادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ (المقابلة للمادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمعمول به ابتداء من ٩سبتمبر ١٩٧٧) فى شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر – أن المشرع قد فرض على المؤجر التزاما بتحرير عقد إيجار يثبت فيه بيانات معينة حماية للمستأجر ، وأنه نظرا للأهمية البالغة التى علقها المشرع على فرض هذا الالتزام فقد أباح للمستأجر عند المخالفة إثبات العلاقة الايجارية بكافة طرق الإثبات .(نقض ١٩٨١/١/١٧ ، الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٠ق).

ادعاء الدائن بانقطاع التقادم باتفاق المدين معه على تأجيل الوفاء بالدين قبل انقضاء مدة التقادم . وجوب التقيد فى إثباته بالقواعد العامة فى الإثبات بالبينة .(نقض ٧٨/١٢/١٤ ، الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٤٣ق).

رفض المحكمة طلب الإحالة للتحقيق . وجوب بيان سبب رفضها له . إغفالها بيان الرد السائغ . إخلال بحق الدفاع .(نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ ، الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٠ق).

إحالة الدعوى إلى التحقيق . قبول الخصم للحكم بإعلان شهوده وسماعهم دون اعتراض منه حتى صدور الحكم فى الموضوع . اعتبار نزولا عن حقه فى التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة . عدم جواز التمسك به أمام محكمة الاستئناف .(نقض ٧٩/١٢/١٩، الطعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٥ق ، نقض ١٩٨٢/٣/٢٨، الطعن رقم ١٢٥٤ لسنة ٤٨ق).

أقوال الشهود . لمحكمة الاستئناف تقديرها بما يخالف تقدير محكمة أول درجة دون بيان الأسباب المبررة . حسبها إقامة قضائها على ما يحمله (نقض ١٩٧٩/٥/٢٤ ، الطعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٨ق ، نقض ١٩٧٩/١/٤ الطعن رقم ٩٢٧ لسنة ٤٤ق).

قواعد الإثبات ليست من النظام العام . عدم جواز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بمخالفة محكمة الموضوع لقاعدة تتعلق بتحديد المكلف بالإثبات .(نقض ١٩٨١/٤/٢٨ الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ق).

قاعدة عدم جواز إثبات التصرفات القانونية المدنية إلا بالكتابة فيما زادت قيمته على عشرين جنيها ، أو إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة . عدم تعلقها بالنظام العام . هذه القاعدة تسرى على جميع العقود المنشئة للالتزام كالبيع وغيرها من العقود ، و بالتالى فلا يجوز لأحد طرفى العقد طلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى طالما أن الخصم الآخر قد تمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة .(نقض ١٩٨٢/٣/٤، الطعن رقم ١٦٦٤ لسنة ٤٨ق).

طعن أحد المتعاقدين فى عقد البيع المكتوب بأنه يستر وصية ، طعن بالصورية التسبيبية عدم جواز إثباته إلا بالكتابة خلافا لحالة الوارث ذلك أن الوارث لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة

إذا قضت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق بناء على طلب الطرفين ليثبت كل منهما ما يدعيه من تملكه الأرض موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة ، وبعد أن انتهت المحكمة من سماع شهود الطرفين رجحت أقوال شهود المدعى على شهود المدعى عليه فليس فيما أجرته مخالفة لقواعد الإثبات .(نقض ١٩٥٢/٣/٢٩ ، مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة ص٤٥٧ قاعدة رقم ٨٣).

اعتداد محكمة الموضوع بالبيانات التى قدمتها الشركة المدعية كوسيلة لإثبات المبالغ التى أنفقتها على المدعى عليه لا ينطوى على مخالفة لقواعد الإثبات ، متى كان المدعى عليه قد قبل سلفا فى تعهده اعتبار هذه الأوراق حجة عليه فى الإثبات .(نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص١٥٤٣).

قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة . عدم تعلقها بالنظام العام .عدم التمسك بها أمام محكمة الموضوع . مؤداه عدم جواز التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . (نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ١٦ص١٣٨٤ ، نقض ١٩٧٣/٤/٢٤ سنة ٢٤ ص٦٦٧).

النص فى المادة ١٠٩٦من القانون المدنى على أن " الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه ، أو غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعنيه المتعاقد أن شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون " يدل على ان الرهن الحيازى عقد تابع يستلزم وجود التزام أصلى يضمنه ويتبعه فى وجوده وانقضائه وأوصافه فإذا كان الالتزام الأصلى تجاريا اعتبر الرهن عملا تجاريا . ولما كان من المقرر أن جميع أعمال البنوك تعتبر أعمالا تجارية طبقا بنص الفقرتين ٥،٤ من المادة الثانية من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر ، وكان فتح الاعتماد هو عقد يتم بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة فيكون لهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التى يراها ، فإذا كان الاعتماد مصحوبا برهن حيازى لضمان رد المبالغ التى يسحبها العميل من الاعتماد المفتوح لصالحه اعتبر الرهن فى هذه الحالة عملا تجاريا ، لا يسرى عليه ما يتطلبه القانون المدنى من إجراءات لنفاذه فى حق الغير بل يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ، ذلك أنه طبقا للمادة ٧٦ من القانون التجارى بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذى يعقد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ، ومن ثم فإن القانون التجارى يكفى لنفاذ الرهن فى حق الغير بانتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن ، أو من يعنيه المتعاقدان وفقا لما تقضى به المادة ٧٧ من قانون التجارة ، ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد فى أية ورقة .(الطعن رقم ٦٩٢ سنة ٤٩ق – جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ س٣٤ ص٨٢٥).

وحيث إن هذا النعى غير سديد ، ذلك أنه لما كان دفاع الطاعن بتسليمه المطعون ضدها جزءا من المحصول خصما لقيمته من دين الرهن ينطوى على ادعاء بالوفاء بهذه القيمة ، وكان الوفاء باعتباره تصرفا قانونيا لا يجوز إثباته بغير الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمته تزيد على عشرين جنيها طبقا لنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات مما تكون العبرة فيه بقيمة الالتزام الأصلى إذا كان الوفاء جزئيا . لما كان ذلك وكانت قيمة الدين تجاوز نصاب الإثبات بالبينة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الدفع المبدى من المطعون ضدها بعدم جواز إثبات ما ادعاه الطاعن فى هذا الخصوص بشهادة الشهود يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى على غير أساس.(نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ سنة ٣٧ ، الجزء الأول ص٦٠٠).

لما كان المطعون عليه يدعى أنه دفع للطاعنة مبلغ ١٠٠ جنيه فى مقابل حوالة حقها فى استلام السيارة دون أن يثبت هذ المبلغ فى الاتفاق ، وكانت حوالة الحق فى مقابل مبلغ معين أمرا مشروعا ذلك أن المشرع أجاز فى المادة ٣٠٨ من القانون المدنى أن تكون الحوالة يعوض ، وهذا العوض وفقا لما هو مستفاد من المادة ٣١٠ من القانون المذكور هو الشيء الذى استولى عليه المحيل من المحال له فى مقابل الحوالة ، ومن ثم فإن هذا المقابل يخضع فى إثباته للقواعد العامة . (نقض ٧٧/٣/٢٢ سنة ٢٨ ص٧٣٢).

طلب السمسار إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات وساطته فى عقد البيع ولإثبات العرف يتعلق بأجر السمسرة . إغفال الحكم . الرد على هذا الطلب . قصور .(نقض ٧٧/١/٣١ سنة ٢٨ ص٣١٨).

تحقيق وضع اليد . جواز الأخذ فيه بشهادة الشهود والقرائن .(نقض ١٩٣٣/٦/١٧ ، الطعون أرقام ١٧٩٩،٢٠٩٧، ٢٢٤٣ لسنة ٦٢ق).

إذا كانت الطاعنة لم تقدم السند الذى يبيح لها طلب إبطال الوصية من نصوص القانون الأسبانى عملا بالمادة ١٧ من القانون المدنى ، وكان الاستناد إلى قانون أجنبى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه فإن النعى لا يكون مقبولا

أحكام الإثراء بلا سبب . م ١٧٩ مدنى . الإثراء والافتقار من الوقائع المادية جواز إثباتهما بكافة وسائل الإثبات .(نقض ٧٦/٣/١٦ سنة ٢٧ ص٦٢٢).

طلب إجراء التحقيق ليس حقا للخصوم ، وإنما هو من الرخص التى تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليها متى وجدت فى أوراق الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها دون أن تلزم ببيان سبب الرفض . (نقض ٧٦/٣/٣١ سنة ٢٧ ص٨٢٣ نقض ٧٩/٥/١٥ ، الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٤٥ق).

محكمة الموضوع غير ملزمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق . حقها فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى تحقيق قضائي أو إداري .(نقض ٧٦/٣/٣٠ سنة ٢٧ ص٤٠٨).

إقامة الحكم قضاءه على أدلة كافية لحمله . التفاته عن الرد على طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات عكس ما خلص إليه . لا خطأ .(نقض ٧٦/١/٥ سنة ٢٧ ص١٣٢).

لا يشترط قانون الإثبات لإجابة طلب الإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بهذا الطريق وجود قرائن بالمعنى القانونى للقرينة يرشح لإجابته بل يكفى لإجابة هذا الطلب أن تتبين المحكمة من ظروف الدعوى وأوراقها جديته وألا يكون فى هذه الأوراق ما يغنيها عن اتخاذ هذا الإجراء .(نقض ٦٧/٢/١٦ سنة ١٨ ص٤٠١).

تمسك الطاعنين أمام محكمة الموضوع باكتسابهم ملكية الأرض بوضع اليد إغفال الحكم الرد على طلبهم إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك . قصور (نقض١٩/١/٧٨ ، الطعن رقم ٧٦١ لسنة ٤٤ق).

قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة جواز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها لعدم تعلقها بالنظام العام . لقاضى الموضوع السلطة التقديرية فى استخلاص القبول الضمنى من سلوك الخصم دون رقابة من من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .(نقض ٢٠/٢/٧٩ ، الطعن رقم ١٦١ لسنة ٤٦ق). محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب إجراء استجواب أو الإحالة للتحقيق أو تعيين خبير متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها . القضاء ضمنا برفض هذه الطلبات . لا قصور .(نقض ١٩٧٩/٤/٧، الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٤٤ق).

وجوب توجيه المرسل إليه أو الشاحن احتجاجا إلى الناقل بشأن عجز البضاعة . مجرد علم الناقل بالعجز عند التسليم لا يعفى المرسل إليه من توجيه الاحتجاج . (نقض ١٩٧٠/٥/١٩سنة٢١ص٨٤٣).

للشريك على الشيوع – فى علاقته بالشريك الآخر الذى تصرف ببيع المحصول الناتج من زراعتهما المشتركة - أن يثبت فى حدود هذه العلاقة صدور هذا التصرف بوصفه من أعمال الإرادة بجميع طرق الإثبات . اعتبار هذا التصرف بالنسبة له واقعة مادية

الغير بالمعنى الذى تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدنى هو من يكسب حقه يسبب يغاير التصرف الصورى ، فيجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع كمشترى ثانى ، أن يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقدا جديا ، كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل يجب أن يرد على عقد جدى ، فالمشترى بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بالصورية أيا كان الباعث عليها وهذا المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة إلى التصرف الصورى الصادر من البائع إلى مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى اضر به بطريق الإثبات كافة .(نقض ١٩٨١/١١/٢٩ ، الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٤٥ق).

إذا كانت الكتابة ليست شرطا لانعقاد عقد النقل البرى ولا لإثباته ولا تعتبر ركنا من أركانه ، ومن ثم يخضع إثبات عقد النقل البرى للقواعد العامة فيجوز إثباته بالبينة والقرائن مهما كانت قيمته وذلك فى مواجهة الناقل الذى يعد عمله تجاريا دائما طالما كان محترفا لعمليات النقل .(الطعن رقم ١٥٦٨ سنة ٥١ق – جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩ س٣٦ ص٧٠٣).

إذا استبانت المحكمة من ظروف الدعوى التجارية وملابساتها أن الادعاء بحصول اتفاق يخالف ويجاوز الثابت بالكتابة مرجح كان لها أن تقضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الإدعاء ولا مخالفة فيما تقضى به فى هذا الخصوص للقانون – ذلك أن الشارع استبعد المواد التجارية من الأحكام التى وضعها للإثبات فى المواد من ٤٠٠ إلى ٤٠٣ من القانون المدنى وجاءت أحكام تلك المواد لتنظيم قواعد الإثبات فى غير المواد التجارية فأباح القانون فى المواد التجارية الإثبات بالبينة كقاعدة عامة ولم يستثن من ذلك إلا ما نص عليه فى المواد ٤٠ إلى ٤٦ ،٦٣ من قانون التجارة والمواد ٣، ٩٠ ،١٧٤،١٥٠من القانون البحرى - ولا محل إذن للتحدى بحكم الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدنى التى منعت الإثبات بالبينة فيما خالف أو جاوز الثابت بالكتابة .(نقض ١٩٦٧/٥/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٨ ص٤٧٩) .

قواعد الإثبات ومنها ما يتعلق بمن يكلف به لا تتعلق بالنظام العام . عدم جواز الدفع بها لأول مرة أمام محكمة النقض .(نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ ، الطعنان رقما ٤١٨ ، ٤٢٢ لسنة ٤٩ق).

إذا كان الثابت أن المبلغ الذى طلبته المطعون عليها وقضى به ضد مورث الطاعنين يمثل قيمة ريع أطيان حصلها من المستأجرين وثمن بالتى خيش . وتستند المطعون عليها فى ذلك لا إلى تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى استيلاء مورث الطاعنين على هذه المبالغ بغير وجه حق ، ومن ثم فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة .(نقض ٧٧/٤/٢٦ سنة ٢٨ ص١٠٤٠).

لا يشترط فى الاتفاق على الحلول شكل خاص ، ويخضع فى إثباته للقواعد العامة . (نقض ٧٧/٣/٢٢ سنة ٢٨ص٧٤٥).

لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذنه بإجراء أعمال زائدة على المتفق عليه فى عقد المقاولة لأن عمل المقاولة لا يعتبر تجاريا بالنسبة إلى صاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق . (نقض ١٩٣٧/٥/١٣ ، مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة ، الجزء الثانى ص١٦٤ قاعدة رقم ٥٦).

إذ كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدنى قد أجازت للقاضى أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقى إذا أثبت أنه كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وكانت الطاعنة قد تمسكت فى مذكرتها المقدمة لمحكمة الاستئناف بأن مقدار التعويض الاتفاقى مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك فإن الحكم إذ قضى بالتعويض الاتفاقى دون أن يعرض لهذا الدفاع ، رغم أنه جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور .(نقض ١٩٨٣/٣/١٠ ، الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٥٢ق).

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان التصرف حاصلا بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنيا وبالنسبة للآخر تجاريا فإن قواعد الإثبات فى المواد المدنية هى التى تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة له ، فلا تجوز محاجة الدائن إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة له تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا

الدائن الشخصى للمتصرف . اعتباره من الغير فى الصورية سواء كان حقه سابقا على التصرف أو لاحقا له . جواز إثبات الصورية بطريق الإثبات كافة .(نقض ١٩٦٥/١٢/٩ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٦ ص١٢٢٣).

التصرفات فى المواد التجارية . جواز إثباتها بالبينة والقرائن أيا كانت قيمتها شريطة أن تكون بين تاجرين وبصدد أعمال تجارية . م ٦٠ من قانون الإثبات . جواز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة بالبينة أو بالقرائن ما لم يشترط القانون التجارى الكتابة .(نقض ١٩٨١/٦/١ ، الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٩ق).

إثبات موافقة المؤجر على تنازل المستأجر الأصلى للمستأجر من الباطن عن العين المؤجرة . عدم إثباته فى مواجهته إلا بالكتابة .(نقض ١٩٨١/٢/٧ ، الطعن رقم ٣٧٨ لسنة ٥٠).

لئن كان التوقيع بختم خطأ بدلا من ختم آخر واقعة مادية إلا أنه يحول دون إثباتها بالبينة أن إثباتها لا يكون إلا بإثبات رضاء الشخص الذى كان المقصود التوقيع بختمه بالتعاقد ومطابقة إرادته مع إرادة المتعاقد الآخر على انعقاده ، وهذا الإثبات لا يكون إلا بالكتابة إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن العقد تجاوز نصاب الإثبات بالبينة .(نقض ٧٦/٥/٣١ سنة ٢٧ص١٢٤٠).

التنبيه بالإخلاء تصرف من جانب واحد يخضع فى إثباته للقواعد العامة فإذا كانت قيمة الإيجار تجاوز نصاب الإثبات بالبينة وجب إثبات التنبيه بالكتابة أو ما يقوم مقامها إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .(نقض ٧٣/٤/٢٤ سنة ٢٤ص٦٦٧).

صفة المهجر . انطباقها على من حددت له الدولة جهة معينة للنزوح إليها وعلى من اضطر إلى النزوح مباشرة إلى مدن أخرى . جواز إثبات تلك الصفة بكافة طرق الإثبات .(نقض ١٩٨٢/١/٢٥ ، الطعن رقم ٨٢٣ لسنة ٤٨ق).

للمستأجر وحده إثبات واقعة التأجير وشروط التعاقد بكافة طرق الإثبات م١٦ ق٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقابلة للمادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . له كذلك إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة .(نقض ١٩٨٢/٢/١٧ ، الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٥١ق).

حوالة الدين بين تاجرين . اكتسابها الصفة التجارية متى عقدت لشئون تتعلق بتجارتهما . جواز إثباتها بالبينة والقرائن .(نقض ٧٦/٥/٣١ سنة ٢٧ ص١٢٤٠).

القبض لمبلغ من النقود الذى تم فى صورة الغصب هو أمر جائز إثباته قانونا بالبينة والقرائن ، إذ أنه لم يخرج عن كونه واقعة مادية .(نقض ١٩٤٠/٢/٢٢ العدد الثالث من مجلة القانون والاقتصاد ٣٣/٧٦/١٠).

لما كان يشترط فى الواقعة محل الإثبات أن تكون جائزة القبول وليست مما يحرم القانون إثباتها تحقيقا لأغراض مختلفة ، وكان حظر الإثبات إذا كان منطويا على إفشاء لأسرار المهنة ، أو الوظيفة لا يتعلق بواقعة يحرم إثباتها ، وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله فى صورة معينة بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة فى حد ذاتها وإنما على دليلها ، بحيث تكون الواقعة التى يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادته .(نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ سنة ٣٠ ، العدد الأول ص٦٤٧).

اصطناع عقد بيع أسفل عقد إيجار مطبوع موقع على بياض واقعة تزوير يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات (نقض ٧٥/١١/٢٥ سنة ٢٦ ص١٤٧٠)

لمحكمة الموضوع من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود ، طالما أنه جائز قانونا والوقائع التى أحيلت للتحقيق وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .(نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ سنة ٢٦ ص٨٦٠).

إذا كان التصرف مدنيا بالنسبة لأحد المتعاقدين وتجاريا بالنسبة للآخر ، فإن قواعد الإثبات فى المواد المدنية هى التى تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة إليه بينما تتبع وسائل الإثبات التجارية على من كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه ، وعلى ذلك فلا يجوز إثبات وفاء الدين إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا . (نقض ٦٩/١١/١١ سنة ٢٠ ص١١٨٠ ، نقض ١٩٦٠/١٢/٨ سنة ١١ ص٦٣٥).

علم الغير بالعقد المستتر الثابت بالكتابة . واقعة مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود والقرائن .(نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ ، المرجع السابق ص١٣٨٤).

عقد النقل البحرى ليس من العقود الشكلية فلا يبطل إذا لم يحرر بالكتابة وإنما هو من العقود الرضائية التى لا يجوز إثابتها إلا بالكتابة . وإذ تنص المادة ٥٠ من القانون البحرى على أن مشارطة إيجار السفينة – وتسمى سند الإيجار – يلزم أن تكون محررة بالكتابة فإن قصد الشارع من اشتراط الكتابة فى هذا النص هو بيان الدليل الذى يقبل فى إثبات مشارطة إيجار السفينة حتى تكون كغيرها من عقود النقل البحرى التى تخضع لشرط الإثبات بالكتابة استثناء من قاعدة جواز الإثبات بالبينة فى المسائل التجارية .(نقض ١٩٦٦/١/١١ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص٧١).

الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك فى الإثبات سبيلا ما كان لمورثه أن يسلكه ولا يغير من هذا أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث من شأنه أن يقلل نصيب الوارث فى التركة ، إذ أن هذا الإخلال لا يعتبر إضرار بحق الوارث يصبح معه من الغير بالنسبة لتصرف مورثه . (الطعن رقم ١٩٨٣/٢/٢٠ ، الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٩ق).

إذا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تقيم قضاءها فى الطعن بالصورية على ما يكفى لتكوين عقيدتها من الأدلة المطروحة فى الدعوى دون أن تكون ملزمة بإجابة الخصوم إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق إلا أنه لا يجوز لها أن تعول فى ذلك على نصوص المحرر المطعون عليه لما فى ذلك من مصادرة على المطلوب وحكم على الدليل قبل تحقيقه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ استدل على انتفاء صورية عقدى البيع بذات نصوصهما والتفت بذلك فى الاستدلال والإخلال بحق الدفاع.(نقض ١٩٨٣/١/٢٧ الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٤٨ق ، نقض١٩٧٠/٢/٢٤ سنة ٢٠ ، العدد الأول ص٣٠٦).

استبعد المشرع المواد التجارية من الأحكام التى وضعها للإثبات فى المواد من ٦٠ – ٦٣ من قانون الإثبات ، وجاءت تلك المواد لتنظيم قواعد الإثبات فى غير المواد التجارية ، وأباح القانون فى المواد التجارية الإثبات بالبينة كقاعدة عامة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك فى قانون التجارة أو القانون البحرى ، ولما كان قانون التجارة لم يوجب الكتابة للإثبات إلا بالنسبة لعقود وشركات التضامن والتوصية والمساهمة ، أما شركات الواقع فإنه يجوز إثبات وجودها بالبينة ، وتستقل محكمة الموضوع باستخلاص قيام شركة الواقع أو عدم قيامها من ظروف الدعوى وقرائن الأحوال دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ، طالما قد أقامت على أسباب سائغة . (نقض ١٩٨٠/٥/١٢ ، الطعن رقم ٧١٧ لسنة ٤٧ق) .

لما كان القانون المدنى القائم قد أوجب فى المادة ٥٠٧ منه أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وأصبح بذلك عقد الشركة عقدا شكليا فإنه لا يقبل فى إثباته بين طرفيه غير الكتابة ولا يجوز لهما الاتفاق على إثباته بغير هذا الطريق غير أنه يجوز للغير أن يثبت قيامها بكافة طرق الإثبات .(نقض ١٩٦٦/١/٢٧ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص١٨٢).

إن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن الثمن الوارد فى عقد المشترى ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة .(نقض ١٩٥٩/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٠ ص٣٠٣ ، نقض ١٩٧٠/٤/١٤ سنة ٢١ ص٦١٨).

طلب الطاعنين إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية عقد بيع . رفض الحكم المطعون فيه الاستجابة إلى هذا الطلب تأسيسا على أن الطاعنين قرروا أمام محكمة أول درجة انه ليس لديهم شهود ، قصور . قول الطاعنين أمام محكمة أول درجة بعدم وجود شهود لديهم على الصورية . لا ينفى توصلهم بعد ذلك إلى هؤلاء الشهود .(نقض ٧٦/٥/١٢ سنة٢٧ ص١١٠٨).

نشوء التصرف فى ظل قواعد الإثبات المنصوص عليها فى القانون المدنى قبل إلغائها بقانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . خضوعه من حيث إثباته للأحكام الواردة فى القانون المدنى دون قانون الإثبات.(نقض ٧٦/٦/٢٨ سنة ٢٧ ص١٤٤٤).

وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات – العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلا . إذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق فيجب الأخذ بالواقع وإطراح ما هو غير حاصل . فلا على المحكمة إذ هى أحالت دعوى منع التعريض على التحقيق وكلفت المدعى فيها بإثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ، ولا يحول دون ذلك أن يكون بيد الطاعن محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق .(نقض ١٩٥٠/٦/١٥ مجموعة المكتب الفنى السنة الأولى ص٦١١).

الشيك . الأصل فيه أن يكون مدنيا – عدم اعتباره ورقة تجارية إلا إذا كان موقعا عليه من تاجر أو مترتبا على معاملة تجارية .(الطعن رقم ١٤٠٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/١/٢٠ ، نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٦ سنة ٢٨ ص٤٠١ ، نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١٥ س٣٣ ص٢٣٤ ، والطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٣/٨).

واقعة الوفاة . جواز إثباتها بكافة الطرق . استلزم محكمة الموضوع إثبات الوفاة بورقة رسمية . خطأ . عدم بحث الحكم للمستندات العرفية المقدمة كدليل على إثبات الوفاة . قصور . (١٩٨١/١١/٢٩ ،الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٤٧ق).

قضاء محكمة الاستئناف بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات تجارية الدين موضوع النزاع . تقديم المستأنف بعد إحالة الدعوى للمرافعة حافظة مستندات ومذكرة للتدليل على تجارية الدين . إغفال المحكمة الرد على هذا الدفاع . قصور

تقديم طلب للقيد بنقابة المحامين . واقعة مادية . جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بغير قيد النصاب الذى حدده القانون فى إثبات التصرفات القانونية

لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى والموازنة بين الأدلة وترجيح ما تطمئن إليه منها . عدم التزامها بإجابة الخصوم إلى طلب الإحالة إلى التحقيق أو تكليفهم بتقديم الدليل على دفاعهم أو الرد على ما يقدمونه من مستندات حسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق . ولا عليها تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد عليها استقلال . عله .ذلك .(نقض رقم ١٣٣٤ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩٤/٣/٢٠).

حجية إقرار المورث قبل الوارث . للوارث المضار به إثبات أنها فى حقيقتها وصية قصد بها الاحتيال على أحكام الإرث بكافة طرق الإثبات . (نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى سنة ١٦ ص٨٠٨).

إثبات وجود الديون التجارية أو انقضائها طليق من القيود التى وضعها الشارع لما عداها من الديون فى المواد ٤٠١إلى ٤٠٣ من القانون المدنى . ويجوز الإثبات فى المواد التجارية – إلا ما استثنى بنص خاص – بكافة طرق الإثبات القانونية حتى لو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة الوفاء بقيمة سند إذنى يمثل دينا تجاريا لتحريره من تاجر عن معاملة تجارية . إثبات ذلك بالقرائن جائز قانونا .(نقض ١٩٦٢/٥/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٣ ص٩٥٤).

قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة لا تتعلق بالنظام العام . وجوب التمسك بها قبل البدء فى سماع شهادة الشهود (نقض ١٩٨٠/١٢/٩ ، الطعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٤٩ق)

ردت المنقولات المؤجرة إلى المؤجر . واقعة مادية مستقلة عن عقد الإيجار . جواز إثباتها بالبينة .(نقض ١٩٦٧/٢/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٨ ص٤٣٢).

عدم التزام محكمة الموضوع بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق متى وجدت فى تقرير الخبير وعناصر الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .(نقض ١٩٨١/١٢/١٤ ، لطعن ٢٤٠ لسنة ٢٤ق).

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان التصرف حاصلا بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنيا وبالنسبة للآخر تجاريا فإن قواعد الإثبات فى المواد المدنية هى التى تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة إليه . وتسرى قواعد الإثبات فى المواد التجارية على من كل التصرف تجاريا بالنسبة إليه . وأنه لما كان الوفاء بالالتزام إلى الدائن يعتبر تصرفا قانونيا فيخضع لوسيلة الإثبات التى يحاج بها هذا الدائن أيا كان الموفى فإن الوفاء بالثمن إلى البائع باعتباره وفاء بالتزام المشترى يعتبر تصرفا قانونيا يخضع فى إثباته لقواعد الإثبات التجارية .(الطعن رقم ٣٣٩٨ سنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٠/٥/١٦ س٤١ ع٢ ص١٤٤).

قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها وإذا كانت محكمة الاستئناف قد أجازت للمطعون ضدها (البائعة) إثبات طعنها على العقد بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود ولم تعترض الطاعنة (المشترية) على ذلك ، بل قامت من جانبها بتنفيذ الحكم الصادر بهذا الإجراء بأن أشهدت شاهدين سمعتهما المحكمة فإن ذلك يعتبر قبولا منها للإثبات بغير الكتابة .(نقض ١٩٧١/١/٥ سنة ٢٢ ص٣، نقض ١٩٧٥/١٢/٢٨ سنة ٢٦ ص١٧١٤).

الدفاع الجوهرى . حق الخصم فى طلب إثباته أو نفيه بإحدى وسائل الإثبات الجائزة قانونا . التزام محكمة الموضوع بإجابته إليه . شرطه . عدم كفاية أوراق الدعوى و الأدلة المطروحة فيها لتكوين عقيدة المحكمة وأن تكون وسيلة الإثبات المطلوبة منتجة فى النزاع . رفض طلب الإحالة للتحقيق لإثبات أو نفى توقيع المورث على عقد البيع المطعون عليه بالتزوير لعدم تقديم أوراق مضاهاة . قصور وإخلال بحق الدفاع .(نقض ١٩٩٣/١٢/٥ ، الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٥٩ق).

الأماكن الخاضعة للقوانين الاستثنائية لإيجار الأماكن المنشأة من ١٩٦١/١١/٥ . إثبات أجرتها . اعتبار الكشوف الرسمية المستخرجة من دفاتر الحصر متضمنة قيمة أجرتها والضريبة المفروضة عليها دليلا كاملا على قانونية الأجرة المثبتة بها حتى يقوم الدليل على عكس الثابت بها . (نقض ١٩٨٢/٢/٢٢ ، الطعن رقم ٦٢٢ لسنة ٤٧ق).

رفض المحكمة طلب الإحالة للتحقيق . وجوب بيان أسباب رفضها له فى الحكم .(نقض ١٩٨٠/٦/٢٥ ، الطعن رقم ١٠١ لسنة ٤٥ق).

جواز إثبات الوكالة الضمنية فى استلام الرسائل المشحونة من مصلحة السكة الحديد نيابة عن الشاحن بالقرائن . استخلاص محكمة الموضوع قيام الوكالة الضمنية من وقائع ثابتة بمستندات الدعوى والقرائن وظروف الأحوال استخلاصا سائغا المجادلة فى قيام تلك الوكالة جدل موضوعى لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .(نقض ١٩٦٢/١٢/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٣ ص٢٢٨).

الغير لا يتقيد بشرط الكتابة فى إثبات ما يخالف العقد المكتوب .(نقض ١٩٦٦/١٢/٦ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص١٧٧٠).

النص فى المسند على أن يكون الإيصال الدال على السداد محررا بخط الدائن . المقصود منه اشتراط الدليل الكتابى على السداد بأن يكون الإيصال موقعا عليه من الدائن . ليس بلازم أن يكون صلب الإيصال محررا بخطه .(نقض ١٩٦٦/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص٧٤٠).

عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما التزم به فى عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد إذ لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه .(نقض ١٦نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، المرجع السابق ص١٧٠٨).

حوالة الحق . ماهيتها . اتفاق بين المحيل وبين المحال له على تحويل حق الأول الذى فى ذمة المحال عليه إلى الثانى . وجوب مراعاة القواعد العامة فى الإثبات فى إثبات الحوالة .(نقض ١٩٩٨/٢/١٩ ، الطعن رقم ٩٧٥ لسنة ٦٧ق).

حصول التوقيع على النسخة الكربونية للمحرر . واقعة مادية . جواز إثابتها بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود . إهدار الحكم المطعون فيه المحرر دون تحقيق أمر صحته بإثبات حصول التوقيع عليه كطلب الطاعن . خطأ فى القانون .(نقض ١٩٩٨/٢/٢٥ ، الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٥٩ق).

طعن الوارث فى البيع الصادر من المورث بأنه يخفى وصية إضرار بحقه فى الميراث . جواز إثباته بكافة طرق الإثبات . الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة . اعتباره من الغير بالنسبة لهذه التصرفات .(نقض ١٩٩٤/٢/٣ ، الطعن رقم ٣١٦٣ لسنة ٥٩ق).

للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة . اعتباره دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع . له إثبات الصورية بكافة الطرق ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، التسجيل لا يصحح عقدا باطلا ولا يحول ذلك دون الطعن عليه بأنه يخفى وصية ولا يكفى وحده لنقل الملكية ، بل لابد أن يرد على عقد جدى .(نقض ١٩٩٤/٢/٢ ، الطعن رقم ٢٧٠٤ لسنة ٥٩ق ، نقض ١٩٩٤/٢/٩ ، الطعن رقم ٥٠٢٨ لسنة ٦٢ق).

الغش : جواز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية بغير قيد من القيود التى حددها القانون فى شأن التصرفات القانونية .(نقض ١٩٩٦/١١/١٠ ، الطعن رقم ٢٣٧١ لسنة ٥٩).

عقد المقايضة ، لا يلزم فى حالة ثبوته بالكتابة أن يكون فى محرر واحد . تمسك الطاعن بأن عقدا لمقايضة ثابت من إقراري تنازل كل منهما بمستند منفصل أحدهما صادر منه والآخر من المطعون ضده الأول . دفاع جوهرى . التفات الحكم عنه مستلزما أن يكون عقد المقايضة ثابتا فى محرر واحد . مخالفة للقانون وقصور . (نقض ١٩٩٧/١٠/٣٠ الطعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ق).

الواقعة المادية . جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذى حدده القانون فى شأن إثبات التصرفات القانونية . مثال فى استرداد منقولات زوجية . (نقض ١٩٩٤/١/٣٠ ، الطعنان رقما ٣٦٨٩ لسنة ٥٩ق ٣٢٥ لسنة ٦٠ق).

المقايضة . سريان أحكام البيع عليها من كونه عقدا رضائيا . ولا يشترط فيه شكل خاص ويثبت طبقا للقواعد العامة فى الإثبات وفى شأن أركان انعقاده مع مراعاة أن المحل فى عقد المقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما .(نقض ١٩٩٧/١٠/٣٠، الطعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ق).

محكمة الموضوع . لها فى الأحوال التى يكون فيها الإثبات جائزا بالبينة أن تعتمد فى تكوين عقيدتها على تحقيق إجراء الخبير وأقوال شهود سمعتهم دون حلف يمين كقرينة قضائية .(نقض ١٩٩٣/١١/٢٥ الطعن رقم ٢٩٨٨ لسنة ٥٨ق).

العجز فى عهدة العامل ونسبته يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية لمحكمة الموضوع استخلاصه مما تقتنع به من أدلة الدعوى . (نقض ١٩٩٣/١٢/٢٣ ، الطعن رقم ٤٤٥٦ لسنة ٦٢ق).

اتفاق تعديل الحيازة . تصرف رضائى . عدم جواز إثباته إلا بالكتابة . الغاية منه . بيان الدليل الذى يقبل فى إثبات تعديل الحيازة . مادة ٩٢ق ٥٣ لسنة ١٩٦٦(نقض ١٩٩٩/٣/١٨، طعن رقم ٤١٥٨ لسنة ٦٢ق)

حق الخصم فى نفى ما يثبته الخصم الآخر . قعوده عن الاستشهاد بشهود النفى . أو تخلف شهوده عن الحضور لا يمنع المحكمة من المضى فى نظر الدعوى .(نقض ١٩٩٣/٥/١٩، الطعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٥٧ق).

إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد . جوازه للمؤجر والمستأجر بكافة طرق الإثبات فى ظل أحكام القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . عدم خضوع هذه العلاقة لنص المادتين ١٦ق٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، مادة ٢٤ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧) ، (نقض ١٩٩٣/١١/٨ ، الطعن رقم ١٤١٧ لسنة ٦٣ق)

ترخيص المؤجر للمستأجر بالتنازل عن الإيجار . عدم جواز إثباته كأصل بغير الكتابة . جواز إثبات المؤجر تنازله ضمنا عن الشرط المانع محل التنازل وعن حقه فى الإخلاء بالبينة . علة ذلك .(نقض١٩٩٣/١١/١٨ ، الطعن رقم ١٤١٧ لسنة ٦٣ق).

الوفاء بقسط من الأجرة . قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط جواز إثبات عكس ذلك . مادة ٥٨٧ مدنى (١٩٩٩/٣/٨ ، طعن رقم ١٥٣٨ لسنة ٦٧ق صادر من دائرة الإيجارات).

قاعدة عدم جواز إثبات التصرفات القانونية المدنية إلا بالكتابة فيما زادت قيمته على عشرين جنيها . أو إثبات ما يخالف الكتابة او يجاوزها إلا بالكتابة . عدم تعلقها بالنظام العام . أثره . اعتراض الخصم إلى طلب الإثبات بالبينة فيما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . عدم جواز الإثبات بغير هذا الطريق.(نقض ١٩٩٣/٥/١٢ ، الطعن رقم ١٣٧١ لسنة ٥٨).

... تنص المادة (٦١) من قانون الإثبات على أنه :

" لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه :

(أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

(ب) إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

(ج) إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما يزيد قيمته على خمسمائة جنيه ثم عدل عن طلبه إلى مالا يزيد على هذه القيمة ."

يشترط لاعمال الفقرة الأول من المادة ٦١ من القانون الإثبات أن توجد كتابة تعد دليلا كاملا فى الإثبات ويستوى أن يتضمنها محرر رسمى أو محرر عرفى أو أن تكون عقدا أو تصرفا قانونيا من جانب واحد ويستبعد من نطاق هذا النص مبدأ الثبوت بالكتابة وأية كتابة صادرة عن الخصم ولو كانت بخطه متى كان لم يوقع عليها ولا يعمل بالنص فى المواد التجارية ويشترط ثانيا أن يكون المقصود إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها وثالثا أن يكون الادعاء بما يخالف الدليل الكتابى أو يجاوزه صادرا من أحد المتعاقدين ويلاحظ أن حكم هذا النص يعطل فى حالة اتفاق الخصوم صراحة أو ضمنا على جواز الإثبات بشهادة الشهود فى جميعا الأحوال وأيا كانت قيمة النزاع .

وتطبيقا للفقرة من المادة ٦١ إثبات فإنه إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فإنه لا يجوز إثباته بالبينة فلو افترض شخص ستمائة جنيه ، وكان الوفاء بالقرض مقسطا على عشرة أقساط متساوية مقدار كل قسط منها ستون جنيها وطالب الدائن المدين بأحد هذه الأقساط كان عليه أن يثبت عقد القرض فلا يجوز أن يثبته بالبينة أو بالقرائن ولو أنه لا يطالب إلا بستين جنيها مقدار القسط المستحق ، لأنه يؤسس طلبه على عقد قرض قيمته وقت صدوره تزيد على خمسمائة جنيه فكان عليه أن يعد دليلا كتابيا لإثباته وهذا أيضا صحيح ولو كان القسط المطالب به هو القسط الأخير . وإذا كانت قيمة الدين ألفين وخمسمائة جنيه ومات الدائن عن خمسة ورثة انقسم بينهم الدين بالتساوى باعتبار نصيب كل وراث خمسمائة جنيه فلا يجوز لأى منهم إثبات النصيب المورث بالبينة . لأن العبرة فيما يتعلق بالإثبات – كما تقدم – بقيمة الدين وقت نشوئه فلا يستطيع الوارث المطالبة بنصيبه فى الدين إلا إذا أثبت أن مورثه كان يداين المدين فى المبلغ بتمامه وهو مالا يجاوز إثباته بشهادة الشهود .

وبالنسبة للفقرة (جـ) من المادة فلا يجوز للمدعى إذا أسس دعواه على تصرف قانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه وطلب بهذه القيمة فلا يجوز له الإثبات بالبينة أو بالقرائن حتى ولو أنقص بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد على خمسمائة جنيه إذ العبرة ليست بما يطلب به بل بقيمة التصرف القانونى الذى يؤسس عليه دعواه ، وإذا كان المدعى بدلا من إنقاص المبلغ الذى يطالب به نزل عن دعواه أصلا ورفع دعوى جديدة على أساس نفس التصرف وقدره بمبلغ لا يزيد على خمسمائة جنيه جاز له الإثبات بالبينة والقرائن .

وإذا انحصر النزاع بين الطرفين فى مبلغ لا يزيد على خمسمائة جنيه ولكنه يقوم على تصرف قانونى تزيد قيمته على هذا المبلغ فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة لأن العبرة ليست بقيمة المبلغ المتنازع عليه بل بقيمة التصرف الذى بنى عليه النزاع ، فإذا أقام المشترى دعوى على البائع مطالبا إياه بتسليم منقولات قال عنها انه اشتراها منه بمبلغ تسعمائة جنيه وسلم البائع بواقعة البيع ولكنه ادعى أن الثمن خمسون جنيها فلا يجوز للمشترى أن يثبت بشهادة الشهود أن الثمن خمسون جنيها على اعتبار أن النزاع بينه وبنين البائع قد انحصر فى هذا المبلغ إذ العبرة فى الإثبات فى هذه الحالة بقيمة التصرف بتمامه

ومجرد ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات عدم وجوده فقد قضت محكمة النقض بأن : ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ولئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كا الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى إلا أن إثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا على ماجرى عليه قضاء محكمة النقض من جواز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى بغير الكتابة فى المواد التجارية ومن ثم فإذا صح ما تمسك به الطاعن (المدين) من أن التزامه تجارى فإن الحكم المطعون فيه ، إذ أقام قضاءه برفض طلب الطاعن تمكينه من إثبات انعدام سبب التزامه بغير الكتابة على أن سبب الدين قد ذكر صراحة فى السند ، وأن هذا يعتبر إقرار من المدين بوجود ذلك السبب وبصحته ، يكون قد خالف القانون لما ينطوى عليه من مصادرة لحق الطاعن المتضمن أن الالتزام تجارى قد أعجز محكمة النقض عن التحقق من صحة تطبيقه للقانون .(نقض ١٩٩٦/١٠/٢٧، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص١٩٥٢). وبأنه " السبب المذكور فى العقد . اعتباره السبب الحقيقى للالتزام . للمدين أن يثبت عدم مشروعة السبب وبكافة طرق الإثبات" . (نقض ٧٦/٦/٨ سنة ٢٧ ص١٢٩١، نقض ١٩٨٢/١/٢٠ الطعن رقم ٩٩٧ لسنة ٤٨ق). وبأنه " احتواء العقد على نصوص دالة على تنجيزه لا يمنع الوارث من الطعن عليه بأنه يخفى وصية ، وله أن يثبت طعنه هذا بطرق الإثبات كافة ولا تقف صراحة نصوص العقد الدالة على تنجيزه حائلا دون هذا الإثبات" (نقض ١٩٦٦/١١/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ١٧ص١٧٣٠ ، نقض ١٩٦٦/٦/١٣).

وبأنه مفاد نص المادة ١/١٣٧ مدنى أن ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى . وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ، والادعاء بانعدام السبب لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا ، لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى ، طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة أمره من قواعد النظام العام " (نقض ٧٦/١٢/٢١ سنة ٢٧ ص١٨٠١). وبأنه انفراد أحد الشركاء بإدارة الشركة خلافا لما تضمنه العقد ومدة استمرارها الفعلى ومقدار ما أنتجته أثناء قيامها هى وقائع مادة جائزة الإثبات بكافة الطرق ولا مخالفة فى ذلك لما أثبته العقد" (نقض ٧٤/١١/٢٦ سنة ٢٥ ص١٢٩١).

يعد المحرر العرفى دليلا كاملا فى الإثبات يستمد قوته فى الإثبات من التوقيع الممهور عليه ومناط إعتبار هذا الدليل الكامل إذا حجية مطلقه هو أن يكون قد تم تسليمه برضاء ما أصدره إلى المستفيد منه .وقد قضت محكمة النقض بأن : أن النص فى المادة ١/١٤ من قانون الإثبات على أن يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه .. وفى المادة ١٨منه على أنه لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين: ١. إذا ذكر فيها صراحه أنه استوفى دينا . ٢. إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته . وفى المادة ٦١ منه على أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو جاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى مفاده أن اعتبار المحرر العرفى دليلا كاملا فى الإثبات يختلف عن اعتباره ذا حجية مطلقة فمناط اعتبار المحرر دليلا كاملا بما تضمنه من إقرارات هو أن يكون موقعا عليه ممن أصدره ، وحينئذ يغنى من كانت الإقرارت لصالحه عن تقديم دليل آخر يؤيدها ، ويلقى عبء إثباتها عكسها على من وقع المحرر ، أما مناط اعتبار هذا الدليل الكامل ذا حجية مطلقة – أى مانعة أصلا من إثبات ما يخالفه أو يجاوزه بغير الكتابة – هو أن يكون قد تم تسليمه برضاء من أصدره إلى المستفيد منه ، أما إذا كان المحرر مازال فى حوزة من أصدره أو انتقل بغير رضاه إلى التمسك به فإنه يظل فى حكم الورقة المنزلية ، ولما كان الأصل فى الدفاتر غير التجارية وسائر الأوراق المنزلية ، أن صدورها بخط أو توقيع صاحبها لا يجعل منها دليلا ضده ، وإن جاز اعتبارها قرينة ، لا تقوم بذاتها ، بل تضم إلى غيرها فى الأحوال التى تقبل الإثبات بالقرائن ، إلا أنه فى الحالتين الاستثنائيتين الواردتين فى المادة ١٨ المشار إليها تكون الورقة المنزلية دليلا كاملا ضد من أصدرها ، كافية بذاتها لإثبات ما تضمنته من إقرارات إلا أن حجيتها فى الإثبات ليست مطلقة ، وبالتالى يبق لمن صدرت منه الورقة وخلفائه إثبات عكس ما جاء بها بكافة طرق الإثبات ، كأن يثبت أن ما دون بها صدر عن خطأ أو تلاوه من الوقائع ما غير أو عدل مضمونه ، أو أنه كان مجرد إعداد مسبق لمشروع تعامل لم يتم لما كان ذلك

وكان الطاعن يقرر أن المحرر سند دعواه الوحيد ، ظل فى حوزة من أصدره – وهو مورث المطعون ضدها – حتى وفاته ، وأن الطاعن تحصل عليه بعد ذلك من غير ورثته وإنما من شخص آخر عثر عليه بين أوراق المورث ، فمن ثم يكون المحرر مجرد ورقة منزلية يجوز للمطعون ضدهم إثبات عكس ما جاء بها بكافة الطرق ، وبالتالى فإن الحكم المطعون إذ قبل إثبات ذلك بالقرائن يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه فى هذا الخصوص على غير أساس .(نقض ٩٨٦/٣/٦ سنة ٣٧، الجزء الأول ص٣٠٢ ،٣٠٣).

لا يجوز الاحتجاج بورقة عرفية أخذت بطريق غير مشروع من الخصم فقد قضت محكمة النقض بأن : حصول الخصم على ورقة من تحت يد خصمه بطريق غير مشروع دون عليه أو رضاه . أثره . عدم جواز الاحتجاج بالدليل المستمد منها أو الدفع بعدم جواز إثبات عكسها بالبينة .(نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ ، الطعن رقم ٩٩٠ لسنة ٤٦ق).

يجوز إثبات التحايل على القانون بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن: تقديم تاريخ العقد لإخفاء صدوره أثناء عته البائع تحايل على القانون . يجوز إثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة والقرائن . (نقض ٧١/٦/٢٢ سنة ٢٢ص٧٩٢). وبأنه" ادعاء الأصيل أو وارثه عدم صحة التاريخ المدون بالورقة العرفية ، وأنه قدم غشا من الوكيل الذى أجراه حتى لا ينكشف صدوره فى وقت كانت وكالته قد زالت يجوز إثباته بكافة الطرق. (نقض ٧٤/٣/٢٦ سنة ٢٥ ص٥٧٥).

يعد رد المنقولات المؤجرة واقعة مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : رد المنقولات المؤجرة إلى المؤجر واقعة مادية وليس فيها ما يخالف الثابت بعقد الإيجار كتابة أو يجاوزه ويجوز إثباتها بالبينة.

والملاحظ أنه يجب الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة قبل سماع الشهود وقد قضت محكمة النقض بأن : قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام ، فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء فى سماع شهادة الشهود ، فإذا سكت عن ذلك عد سكوته تنازلا منه عن حقه فى الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون ، وإذ كان الواقع أن محكمة أول درجة حكمت قبل الفصل فى الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المطعون عليه أن الطاعن هدم المدرسة حتى سطح الأرض على ما كان فيها ومقدار ما لحقه من جراء ذلك من ضرر ، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يبد أى اعتراض على هذا الحكم لا قبل سماع أقوال الشهود ولا بعد سماع أقوالهم ، بل سكت عن ذلك إلى أن صدر الحكم لا قبل سماع أقوال الشهود ولا بعد سماع أقوالهم ، بل سكت عن ذلك إلى أن صدر الحكم فى الدعوى فإن ذلك يعتبر تنازلا عن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة ولا يجوز له التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض ١٩٧٨/٢/١٦ سنة ٢٩ ص٤٩٧).

وبأنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنه . ولما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول قد ارتضى حكم الإحالة إلى التحقيق الصادر من المحكمة الابتدائية ونفذه بإعلان شهوده وسماعهم وليس فى الأوراق ما يدل على اعتراضه عليه حتى صدور الحكم فى الموضوع ، فإن ذلك يعد نزولا منه عن حقه فى التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة ، فلا يجوز له إثارة هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف "(نقض ١٩٧٩/٢/١٩ سنة ٣٠ العدد الثالث ص٣٢٤).

يجوز للخصوم إثبات الظروف المادية التى أحاطت بالدليل الكتابى وذلك عن طريق البينة والقرائن لأن ذلك لا يندرج تحت الخطر الوارد على ما يخالف أو يجاوز دليل كتابى بشهادة الشهود والقرائن على هدى ما إنتظمته المادتين ٦١ ، ١٠٠ من قانون الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن : أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يجب على محكمة الموضوع تكييف الدعوى وفقا لما تبينته من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح فى القانون غير مقيدة فى ذلك إلا بالوقائع والطلبات المطروحة عليها وأنه ولئن كان فهم الواقع فى الدعوى من سلطة محكمة الموضوع إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاصها سائغا وله سنده بما لا يخالف الثابت بالأوراق . لما كان ذلك وكان الطاعنون قد دفعوا الدعوى بأنه ليس ثمة عقد إيجار أبرم بين مورثى الطرفين إذ لم تتلاق إرادتهما على ذلك ، وأستدلوا على دفاعهم هذا بأن الورقة المدعى بها كعقد إيجار قد حرر مورثهم كافة بياناتها بخطه بما فى ذلك اسم مورث المطعون ضدهم تحت لفظ المستأجر ، مما مفاده أنه فعل ذلك بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم وحال بينه وبين التوقيع تحت لفظ المستأجر دليلا على أنه لم يحدث ثمة تعاقد حقيقى بينهما على إيجار عين النزاع ، وإذ كان يجوز للخصوم إثبات الظروف والملابسات المادية التى أحاطت بالدليل الكتابى بالبينة والقرائن إذ لا يندرج ذلك تحت حظر إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى بشهادة الشهود والقرائن على مقتضى المادتين ١٠٠،٦١من قانون الإثبات ، فإن الطاعنين إذ طلبوا إلى محكمة الموضوع التحقق من أن التوقيع تحت لفظ المستأجر هو لمورثهم دون توقيع مورث خصومهم وذلك بمجرد الاطلاع على الورقة أو إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك توصلا لإثبات دفاعهم سالف البيان الورقة أو إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك توصلا لإثبات دفاعهم سالف البيان فإنه لا يكون ثمة مخالفة قانونية فى هذا الشأن ، ويكون محصلة دفاع الطاعنين من ثم أن مورثهم حرر الورقة على هذا النحو بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم لتكون فى ذاتها دليلا على صورة ما تضمنته من إيجار ، وإنه لمن حق محكمة الموضوع بما لها من تقدير أدلة الدعوى دون رقابة عليها فى ذلك ألا ترى فى هذا الدفاع دليلا على الصورية متى لم تقتنع به أوقات قضاءها على أسباب سائغة

أما إذا اقتنعت به وقت على اساسه فإن الأمر لا ينطوى حينئذ على إثبات ما يخالف الكتابة او يجاوزها بشهادة شهود أو قرائن . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أجتزأ فى الرد على دفاع الطاعنين بالقول بأنهم قصدوا منه أن العقد صورى وقصد به ستر عقد حقيقى ، ومن ثم لا يجوز لهم إثباته إلا بالكتابة إزاء تمسك المتعاقد الآخر بذلك ، فإنه فضلا عن عدم تفهمه لدفاع الطاعنين على النحو سالف البيان الأمر الذى أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون فقد حجبه ذلك عن تحقيق هذا الدفاع فشابه القصور فى التسبيب مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن .(الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٥ق- جلسة ١٩٩٢/١/٢٠)

لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الإثبات فى مواجهة المرتهن صورية عقد الرهن وقد قضت محكمة النقض بأن : الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك فى الإثبات سبيلا ما كان لمورثه أن يسلكه . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث من شأنه أن يقلل نصيب الوارث فى التركة إذ هذا الإقلال لا يعتبر إضرار بحق للوارث يصبح معه من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث ، فحق الوارث فى التركة لا ينشأ إلا بالوفاة مورثه . وعلى ذلك فالحكم الذى يقرر بأنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الإثبات فى مواجهة المرتهن صورية عقد الرهن ، بحجة ان الصورية لا تثبت من العاقدين إلا بالكتابة لا يكون مخطئا فى تطبيق القانون . (نقض ٣٤٩/٢٤ المرجع السابق ص٣٦ قاعدة ٨٤)

التحايل على القانون يجوز إثباتها بشهادة الشهود كما سبق القول ولكن شريطه أن يكون هذا التحايل مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته وقد قضت محكمة النقض بأن : طلب المتصرف إبطال عقد البيع الصادر منه إلى ولديه استنادا إلى أنه فى حقيقته وصية . وجوب إثباته بالكتابة . علة ذلك . الإثبات بالبينة فى حالة الاحتيال على القانون . مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته . (نقض ١٩٧٦/٢/١٣ سنة ٢٧ ص١٧٣٨).

يجوز إثبات عكس ما ورد بمحضر مهندس الرى الذى يتلقى فيه البلاغات بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : محضر مهندس الرى الذى يثبت فيه ما يتلقاه من بلاغات ليس له الحجية المطلقة لبيانات الورقة الرسمية لقاضى الموضوع تمحيصه والتيقن منه ، قابليته لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات دون حاجة لسلوك طريق الطعن بالتزوير .(نقض ١٩٩٤/٤/٥ ، الطعن رقم ٣٠٩٦ لسنة ٥٩ق).

يتقيد السلف فيما كان متقيداً به مورثه فى إثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابى باعتباره قائما مقام المورث فى صدد حجية التصرف الصادر منه وقد قضت محكمة النقض بأن : يعتبر الوارث فى الأصل قائما مقام المورث فى صدد حجية التصرف الصادر منه فيتقيد فى إثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابى الذى يقيد سلفه ، إلا أنه إذا طعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية وقصد به الاحتيال على قواعد الإرث إضرار بحقه ، فإن إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من طرق الإثبات – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يكون جائزا له جوازه لسلفه ، ولو أدى ذلك إلى إهدار إقراره بصحة البيع فى العقد .(نقض ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٨ ص١٨٣٦، نقض ١٩٦٨/٢/١٣ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٩ ص٢٧١).

حجية الشهادة فقد قضت محكمة النقض بأن: الشهادة ذات حجية متعدية لأن ما يثبت بها أحد الخصوم يعد ثابتا بالنسبة للخصم الآخر وذلك إعتبارا بأن من صدرت منه الشهادة شخص عدل لا يقصد بها تحقيق مصلحة لأحد أو مضاراته ولهذا الأثر للشهادة وإعتبارات العداله فإنه يجب ألا يقول بالشاهد مانع من موانعها من شأنه أن يدع للميل بشهادته لخصم على آخر سبيلا ومن هذا القبيل أن تكون بين الشاهد ومن يشهد عليه خصومه فقد ورد فى الحديث الشريف " لا تقبل شهادة خصم ولاظنين ولا ذى قربه " وإذ خلت مواد قانون الاثبات المنظمة لشهادة الشهود بالباب الثالث من نص يعالج أثر وجود خصومه بين الشاهد والشهود عليه فليس أمام القاضى من سبيل إلا أن يلتجئ إلى مبادئ الشريعة الاسلامية التى تقضى بأن قيام هذه الخصومة يعد مانعا للشهادة بأعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيس للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور والمرجع الأصيل عند غياب النص وعدم وجود العرف طبقا لما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدنى فيبنى على ذلك إذا ما طعن الخصم على أقوال الشاهد بوجود خصومه بينهما بما منعه من الإدلاء بأقواله دون ميل وأقام الدليل على ذلك تعين على المحكمة أن تمحص دفاعه وتحققه قبل أن تحكم فى النزاع فإن هى لم تفعل وإستندت إلى اقوال هذا الشاهد رغم الطعن بفسادها وقع الحكم باطلا

أحكام النقض :

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الصورية مبناها الاحتيال على القانون يجوز لمن كان الاحتيال موجها ضد مصلحته أن يثبت العقد المستتر أو ينفى الثابت بالعقد الظاهر بكافة طرق الإثبات .(نقض ١٩٩٣/١٢/٢٣ ، الطعن رقم ٢٤٧٩ سنة ٥٩ق نقض ١٩٨٤/٥/١٦ سنة ٣٥ ص١٣٣٠ ، نقض ١٩٧٤/١/٣١ سنة ٢٥ ص٢٥٩).

إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد . جوازه للمستأجر بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة . م ٣/٢٤ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . ثبوت العلاقة الايجارية بالكتابة او حصول المستأجر على إيصالات بسداد الأجرة غير لازم .(الطعن رقم ٢٧٧٦ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠١/١/٣ و الطعن رقم ١٣٢٩ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢١).

حق المستأجر فى إثبات أن العين أجرت له خالية على خلاف الثابت بالعقد بكافة الإثبات وعلة ذلك (الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠١/١/٣ ، الطعن رقم ٩١٢٨ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٣ /١٩٩٨/٣)

الطعن بالصورية . عدم جواز إقامة الحكم على خصوم المحرر المطعون فيه والاستدلال على عدم جدية الطعن بصورية عقد الإيجار من السكوت عنه لمدة طويلة .(الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠١/١/٣، الطعن رقم ٢٣٨٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/٤/٩).

إثبات التحايل على أحكام قوانين إيجار الأماكن وإثبات عكس ما ورد بعقد الإيجار جوازه للمستأجر بكافة طرق الإثبات . م٢٤ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ .(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠١/١/٢٢ ، الطعن رقم ١٣٢٩ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/١٦ ، الطعن رقم ٣٦٥٧ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٩).

إذا طعن الوارث فى التصرف الصادر من مورثه بأنه يخفى وصية ، أو بأنه صدر فى مرض الموت فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق لأنه يستمد حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفاته مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث.(نقض ١٩٦٤/٤/٩ سنة ١٥ ص٥٢٥ ، نقض ٧٢/٣/١٦ سنة ٢٣ص٤٢٤).

طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى يكون غير جائز لمخالفته لحكم المادة ٦١ من قانون الإثبات ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم الخمسة الأول تمسكوا بعدم جواز الإثبات بالبينة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لا يكون قد خالف القانون .(نقض ١٩٧٨/١/٢٤ سنة ٢٩ص٢٧٩).

إنه وإن كان الأصل عدم خضوع أجرة الأماكن المؤجرة مفروشة بأثاث من عند مؤجرها للتحديد القانونى ، إلا أن شرط ذلك ألا يكون تأجيرها مفروشة صوريا كما لو وضع فيها المؤجر أثاثا تافها بقصد التحايل على القانون والتخلص من قيود الأجرة فيلزم لاعتبار المكان مؤجرا مفروشا حقيقة أن يثبت أن الإجارة شملت فوق منفعة المكان فى ذاته مفروشات أو منقولات معينة ذات قيمة تبرر تغليب منفعة تلك المفروشات أو المنقولات على منفعة العين خالية وإلا اعتبرت العين مؤجرة خالية وتسرى عليها أحكام قانون إيجار الأماكن . لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش أو صوريته فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وما تستنبطه منها من قرائن قضائية إذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين فى العقد بأنها مؤجرة مفروشة ، وكان يجوز إثبات التحايل على زيادة الأجرة بكافة طرق الإثبات

وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بتخفيض الأجرة على سند مما أثبته المعاينة من أن الأثاث الذى زودت به الشقتان لا يتناسب مع تأثيثهما لصنع حقائب السيدات حسب الغرض الذى زودت به الشقتان لا يتناسب مع تأثيثهما لصنع حقائب السيدات حسب الغرض الذى أجرتا من أجله ، واستخلص قيام التحايل على أحكام القانون ، فإن ما انتهى إليه الحكم فى هذا الشأن استخلاص سائغ من محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية فى فهم الواقع وتحقيق الدليل ولا مخالفة فيه للقانون .(نقض ١٩٧٨/٢/٧ سنة ٢٩ ص٤٠٨).

إذا كان البين من الاطلاع على العقد موضوع الدعوى أن الطاعن باع القدر المبين فيه متعاقدا مع نفسه بصفته وليا شرعيا آنذاك على أولاده المطعون عليهم ، وأن دور والدتهم اقتصر على مجرد الإشارة إلى دفعها الثمن تبرعا منها للقصر المشترين وأنها تتعهد بعدم مطالبتهم أو الرجوع عليهم مستقبلا . وكانت الدعوى الماثلة قد أقيمت من الطاعن بطلب بطلان التصرف الحاصل منه إلى أولاده لصوريته المطلقة ، استنادا إلى إقرار صادر من الوالدة بأن ثمنا لم يدفع منها فى واقع الأمر ، فإن ما خلص إليه الحكم من أن هذه الأخيرة ليست من بين أطراف العقد ، وأنه لا علاقة لها بإحداث الأثر القانونى المراد من التصرف ، وأن الإقرار لا يتضمن إلا نفيا لواقعة سداد الثمن منها دون أن يعرض للتصرف فى حد ذاته ورتب على ذلك افتقاد إمكان إثبات صورية العقد صورية مطلقة بغير الكتابة ، فإن هذا الذى خلص إليه الحكم تحصيل سائغ تحتمله مستندات الدعوى وله مأخذه .(نقض ١٩٧٩/٣/١٤ سنة ٣٠، العدد الأول ص٧٨٦).

النص فى سند الدين على أن يكون إيصال محررا بخط الدائن يقصد به اشتراط الدليل الكتابى على السداد بأن يكون الإيصال موقعا من الدائن وليس بلازم أن يكون صلبه محررا بخطه لأن الإيصال يعتبر حجة عليه متى ثبت صحة توقيعه عليه .(نقض ٦٦/٣/٢٨ سنة ١٧ ص٧٤٠).

إنه إذا جاز لغير المتعاقدين إثبات صورية العقد بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن حتى لو كانت قيمة محل التعاقد تزيد على ألف قرش فإنه فيما بين المتعاقدين ولا يجوز إثبات الصورية إلا بالكتابة متى زادت قيمة الالتزام على ذلك المبلغ . والخلف الخاص لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقود التى تكون قد صدرت من سلفه قبل انتقال الشيء محل التعاقد إليه ، بل يعتبر أنه كان ممثلا فى تلك العقود بسلفه . ومن ثم يسرى فى حقه بشأنها ما يسرى فى حق سلفه منه عقد بيع ثان لمشتر آخر ، فإنه لا يصح ، والمشترى الثانى خلف للبائع أن تستدل الحكمة له بشهادة الشهود والقرائن على صورية عقد البيع الصادر من سلفه إلى المشترى الأول قبل البيع الصادر منه إليه هو ، فإن فعلت كان حكمها مخالفا للقانون .(نقض ٤٧/٣/٢٧ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة ، الجزء الأول ص٣٦ قاعدة ٨٣).

إنه وإن كان الأصل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – عدم خضوع أجرة الأماكن المؤجرة مفروشة بأثاث من عند مؤجرها لتحديد القانون ، إلا أن شرط ذلك ألا يكون تأجيرها مفروشا صوريا بقصد التحايل على القانون والتخلص من قيود الأجرة ، فيلزم لاعتبار المكان المؤجر مفروشا حقيقة أن يثبت أن الإجارة شملت بالإضافة إلى منفعة المكان فى ذاته مفروشا أو منقولات ذات قيمة تبرر تغليب منفعة تلك المفروشات أو المنقولات على منفعة العين ، وإلا اعتبرت العين المؤجرة خالية وتسرى عليها أحكام قانون إيجار لأماكن . ولما كان هذا المبدأ يسرى سواء كان المؤجر للمكان مفروشا هو المالك أو المؤجر الأصلى أو كان هو المستأجر الأصلى أجر من باطنه العين التى يستأجرها إلى غيره مفروشة . لما كان ذلك وكان يجوز إثبات التحايل على زيادة الأجرة بكافة طرق الإثبات وكان لمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وما تستنبطه منها من قرائن قضائية ، إذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين فى العقد بأنها مؤجرة مفروشة .(نقض ١٩٧٩/٣/٢٨ سنة ٣٠ ، العدد الأول ص٩٥٣).

تشترط المادة ٢٣/ب من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين – المنطبق على واقعة الدعوى – والمقابلة للمادة ٣١/ب من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ – حصول المستأجر على إذن كتابى للتأجير من الباطن كى لا يدع للمؤجر سبيلا إلى طلب الإخلاء ، والكتابة فى هذا الإذن الخاص ليست ركنا شكليا بل اشترطت كوسيلة للإثبات يقوم مقامها الإقرار واليمين ، ويمكن الاستعاضة عنها بالبينة والقرائن فى الحالات التى تجيزها القواعد العامة استثناء ، وبحيث يعتبر إثباتا كافيا للترخيص بالتأجير من الباطن الإيصال الصادر من المؤجر بتسلمه الأجرة من المستأجر مضافا إليها الزيادة القانونية .(نقض ١٩٧٩/١/١٠ سنة ٣٠، العدد الأول ص١٤٣).

إنكار البائع الوفاء بالثمن واعتراضه على إثبات واقعة الوفاء التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات بغير الكتابة . عدم جواز إثبات هذا الوفاء بالبينة متى انتهت المحكمة إلى عدم وجود دليل كتابى أو مبدأ ثبوت بالكتابة .(نقض ٦٧/٣/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٨ ص٧٤٣).

قيام الوارث مقام المورث فى صدد حجية التصرف الصادر منه . تقيده فى إثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابى الذى يقيد سلفه . طعنه بأن التصرف وصية للاحتيال على قواعد الإرث إضرارا بحقه فيه . له إثبات الاحتيال بأى من طرق الإثبات

يجوز للخلف الخاص – كمشتر ثان – أن يطعن بصورية التصرف الصادر من سلفه صورية مطلقة ولو كان هذا التصرف مسجلا إذ يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف ويجوز له إثبات هذه الصورية بكافة الطرق. (نقض ٧٣/٦/٢٦سنة ٢٤ ص٩٦٧).

لئن كان المشرع فد أجاز فى المادة ٣/٢٤ من القانون ٤٩ سنة ١٩٧٧ – المقابلة للمادة ٢/١٦ من القانون ٥٢ سنة ١٩٦٩ – للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات ، إلا أن مجال ذلك إلا يكون هناك عقد مكتوب أو أن تنطوى شروط التعاقد المكتوب على تحايل على القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام وأن يتمسك المستأجر بذلك بطلب صريح جازم .(نقض ١٩٨٢/٤/٨ ، الطعن رقم ١٧٧٩ لسنة ٥٠ق).

وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو قيام القرائن القوية على جدية الادعاء بوقوع احتيال على القانون أخفته الكتابة بقصد قواعد أمره . مؤداه . جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابى بالبينة والقرائن .(نقض ١٩٨٢/٣/٢٨ ، الطعن رقم ٥٤٦ لسنة ٣٩ق).

تقدير ما إذا كانت الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو ما إذا كان الادعاء بوقوع احتيال على القانون يقوم على سند من الجد هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا .(حكم النقض السابق).

طعن أحد المتعاقدين فى عقد البيع المكتوب بأنه يستر وصية . طعن بالصورية النسبية . عدم جواز إثباته إلا بالكتابة خلافا لحالة الوارث . علة ذلك . (نقض ١٩٨٢/٣/٢٨ ، الطعن رقم ٣٠٠ لسنة ٤٩ق).

الأصل أن التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية يفترض صحته حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته تاريخ آخر ، ويتقيد فى إثبات ذلك بالقواعد العامة ، ومن ثم فلا يجوز له إثبات ما يخالف التاريخ المكتوب إلا بالكتابة .(نقض ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٣ ص٦٧٧ ، نقض ٥٦/٥/٣ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ٧ قاعدة رقم ٧٨)

الشرط الوارد فى عقد الشركة المكتوب بعدم انفراد مديرها بالعمل لا يجوز تعديله إلا بالكتابة ولا يعول على ادعاء هذا المدير بأنه قد انفرد بالعمل بإذن شفوى من أحد الشركاء المتضامنين .(نقض ٥٦/٤/٥ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ٧ ص٤٩٦).

إذا كان الثابت أن محكمة أول درجة قد أخذت بالدفاع الذى ساقه الطاعن من اعتبار الواقعة خيانة أمانة ، وكان الحكم الابتدائي قد انتهى – استنادا إلى هذا النظر – إلى عدم قبول الادعاء بالتزوير وبصحة عقد الإيجار ، وكان على محكمة الاستئناف أن تفصل فى كافة الأوجه التى تمسك بها المستأنف عليه أمام محكمة الدرجة الأولى مادام الحكم قد قضى لصالحه فى الدعوى ولم يثبت تنازله عن تلك الأوجه ، وكان الثابت من مدونات الحكم الاستئنافى أن الطاعن تقدم بمذكرة طلب فيها تأييد الحكم المستأنف

وأن المطعون عليها عجزت عن النيل من عقد الإيجار وتحاول إخراج الدعوى عن نطاقها ، مما مفاده أن مشاركته فى تنفيذ حكم الإحالة إلى التحقيق لا ينم بذاته على التنازل عن عدم جواز الإثبات ، ولا يقطع برضائه الإثبات بهذه الطريقة بل يشير إلى استحضاره شهوده إذ عانا لحكم إجراءات الإثبات لازمه التحفظ وصاحبه التمسك بدفاع مناطه عدم جواز الإثبات بشهادة الإشهاد.(نقض ١٩٧٨/٦/١٤ سنة ٢٩ ص١٤٦٧).

الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على إخفاء رهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون . أثرها . بطلان البيع . جواز إثباتها بكافة الطرق فيما بين المتعاقدين .(نقض ٧١/٤/٢٧ سنة ٢٢ ص٥٧١).

جواز اتخاذ الموطن التجارى موطنا مختارا لتنفيذ عمل قانونى معين . تغيير الموطن التجارى فى هذه الحالة لا يترتب عليه تغيير الموطن المختار لهذا العمل . ضرورة الإفصاح بالكتابة عن أى تغيير لهذا الموطن .(نقض ١٩٧١/١٢/٢١ سنة ٢٢ق ص١٠٧١).

الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثا أم غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غير هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا لا تلحقه الإجازة ويتاح إثباته بكافة الطرق ولو كان المورث طرفا فى الاتفاق . (نقض ٦٧/١١/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٨ ص١٧٣٧ ، نقض ٧٥/١١/١١ سنة ٢٦ ص١٣٩٤).

إثبات صورية التصرف فيما بين المتعاقدين وورثتهم لا يكون إلا طبقا للقواعد العامة فلا يجوز لهم إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة .(نقض ٧٢/٣/١٦ سنة ٢٣ ص٤٢٤).

تحديد أجرة المساكن من مسائل النظام العام . التحايل على زيادة هذه الأجرة . جواز إثباته بكافة سبل الإثبات

واقعة الإقراض بالربا الفاحش والاعتياد عليه يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة ولو زادت الفروض على الف قرش.(نقض ٥٦/٣/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص٣٤٠).

سلطة قاضى الموضوع فى تقدير أقوال الشهود حسبما يطمئن إليه وجدانه لمحكمة النقض التدخل إذا ما صرح القاضى بأسباب اطمئنانه وكانت هذه الأسباب مبنية على ما يخالف الثابت بالأوراق أو على تحريف لأقوال الشهود أو الخروج بها عما يؤدى إليه مدلولها أو كانت محمولة على أدلة غير صالحه من الناحية الموضوعية للاقتناع بها .(الطعن ٢٠٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٤/٢٤).

ترخيص المؤجر للمستأجر بالتأجير من الباطن . عدم جواز إثباته عند لمنازعة فيه – كأصل – بغير الكتابة . جواز إثبات تنازل المؤجر ضمنا عن الشرط المانع من التأجير من الباطن بالبينة والقرائن .(نقض ١٩٨١/٥/٢٣ ، الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٤٦ق).

قبض المالك ووكيله الأجرة من المتنازل له عن الإيجار أو من المستأجر من الباطن مباشرة دون تحفظ . اعتباره بمثابة موافقة منه تقوم مقام الإذن الكتابى . علة ذلك . الكتابة ليست ركنا شكليا فى الإذن .(نقض ١٩٨١/٥/٣٠ ، الطعن رقم ١٤٦٣ لسنة ٥٠ق).

إذا كان المستأجر يطعن فى عقد الإيجار بالصورية والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات فلا يجوز للمحكمة – ما دام الإيجار ثابتا بالكتابة ، ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابى على دعواه – أن تقضى بصورية العقد بناء على مجرد القرائن و إلا كان قضاؤها باطلا لاستناده إلى دليل غير جائز الأخذ به فى الدعوى .(نقض ٤٢/٦/١٨، مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة ، الجزء الأول ص٣٥ قاعدة رقم ٢٨).

إسهام صاحب الحق بخطئه سلبا أو إيجابا فى ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق . أثره . نفاذه التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق . أثار التصرفات . انصرافها لأصحاب الحق فيها . الأصل فى عقود المعارضة المالية . لأى من المتعاقدين حسن النية أو الغير إثبات أن من أبرم العقد معه كان نائبا عن غيره إثبات المتعاقد إسهام من تعاقد معه بخطئه فى ظهوره بمظهر الوكيل المستتر وتمكينه الغير من الظهور بمظهر صاحب الحق المتعاقد . عليه أثره صحة الوفاء بالدين للأصيل أو لصاحب الحق الظاهر . لا يغير من ذلك وجود عقد مكتوب لم يرد فيه أن العاقد نائب عن غيره . علة ذلك .اعتبار من تعاقد مع النائب من الغير . عدم تقيده بشرط الكتابة فى إثبات العقود

إن ادعاء الطاعن بأن المطعون عليهم اتفقوا معه على تأجيل الوفاء بالدين – ليصل من ذلك إلى انقطاع التقادم بإقرار المدينين – إنما هو ادعاء بوجود تصرف قانونى قام بينه وبين المطعون عليهم منطويا على الاتفاق على تأجيل الوفاء بالدين ، وإذ كان الدين يبلغ ١٧٤٩ جنيها ، وكان الثابت من محضر جلسة ..... أن المطعون عليهم دفعوا بعدم جواز إثبات ما ادعاه الطاعن فى هذا المحضر بشهادة الشهود أنه ادعاء بتصرف قانونى تجاوز قيمته نصاب الإثبات بالبينة ، فإنه لا يقبل منه قانونا إثبات هذا التصرف بشهادة الشهود .(نقض ١٩٧٨/١٢/١٤ سنة ٢٩ ص١٩٢٧).

تمسك أحد المتعاقدين بالعقد دون الصورى . علة عبء إثبات وجود العقد الحقيقى طبقا للقواعد العامة . وقوع غش أو تحايل من أحدهما ضد الآخر . جواز إثبات وجود العقد الحقيقى بكافة الطرق . (نقض ١٩٨١/٥/١٤ ، الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ق).

طعن أحد المتعاقدين فى عقد البيع المكتوب بأنه يستر وصية . طعن بالصورية النسبية عدم جواز إثباته إلا بالكتابة خلافا بالحالة الوارث.(نقض ٧٦/١٢/٢١ سنة ٢٧ ص١٨٠١).

تقديم طلب للقيد بنقابة المحامين . واقعة مادية . جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بغير قيد النصاب الذى حدده القانون فى إثبات التصرفات القانونية .(نقض ١٩٩٤/٣/٢٠ ، الطعن رقم ١٣٣٤ لسنة ٥٥ق سنة ٤٥ ، الجزء الأول ص٥١٣).

تنص المادة (٦٢) من قانون الإثبات على أنه :

يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " .

ويمكن تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كتابة صادرة منه أو ورقة صادرة من الخصم المطلوب الاثبات عليه تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال وعلى ذلك يكون مبدأ الثبوت بالكتابة مضافا إليه البينة دليلا كاملا فإذا لم يأخذ الدائن سندا بدينه على المدعى لأى سبب من الأسباب أو لعذر من الاعذار أو لصعوبة من الصعوبات ولكن وجدت معه ورقة تشير إلى المدن بعبارة صريحة أو ضمنية وكانت هذه الورقة صادرة من المدين نفسه فإنه يجوز فى هذه الحالة للدائن الاعتماد على تلك الورقة واعتبارها مبدأ دليل بالكتابة وعلى ذلك له إثبات الدين بالبينة أو القرائن لأن الورقة تعتبر حينئذ ممهدة للاثبات والقرينة ولا تعتبر سندا كاملا بل هى شبه سندا أو سند ناقص لا بد من اتمامه بأدلة أخرى .(أنظر صلاح حمدى لبيب جلسة فى شرح الإثبات).

ما يشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة :

يجب أن يتوافر ثلاثة شروط لكى تكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة وهم أولا أن يكون ثمة محرر والثانى أن يكون هذا المحرر صادر ممن يحتج به عليه والثالث أن يكون من شأنه أن يحعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال وسوف نلقى الضوء على هذه الشروط على الترتيب التالى :

- الشرط الأول : أن يكون ثمة محرر

أى أن يوجد كتابة أو محرر عام الدلالة فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانيه فهو يشمل كل ما يحرر اشتراط شكل ما أو وجود توقيع ولذلك استعمل النص عبارة " كل كتابة " وقد تكون هذه الكتابة سندا أو مذكرة شخصية أو بمجرد علامة رمز للاسم أو توقيعا أو غير ذلك ومفاد ذلك أنه لا بد أولا من وجود ورقة مكتوبة وأية ورقة مكتوبة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة فلا يشترط فيها شكل معين وقد تكون الورقة سندا غير موقع أو دفاتر تجارية أو مذكرات خاصة ومراسلات أو أقوالا فى محضر تحقيق كل هذا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة طالما أن الورقة ليست دليلا كاملا بالنسبة لموضوع الدعوى

ولا يلزم أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة فقد يستخلص من مجموع أوراق متفرقة حتى ولو كانت كل ورقة منها لا تكفى بمفردها وقد يحدث أن تكون الورقة الرسمية الباطلة مبدأ ثبوت بالكتابة فى ظروف معينة كما أن الورقة العرفية إذا كانت خالية من التوقيع يصح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة متى كانت مكتوبة بخط المدين هذا ويراعى أن الورقة قد تكون مبدأ ثبوت بالكتابة متى كانت مكتوبة بخط المدين هذا ويراعى أن الورقة قد تكون دليلا كاملا على إثبات تصرف معين وفى ذات الوقت تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لتصرف آخر .(انظر مذكرة المشروع التمهيد والدكتور توفيق فرج)

<u>- الشرط الثانى : أن يكون هذا المحرر صادرا ممن يحتج به عليه :</u>

وهو صدور المحرر من الخصم الذى يحتج عليه به لا من أحد من الاعتبار بيد أن المحرر يعتبر صادرا من مثل هذا الخصم ولو كان صادرا من غيره متى كان هذا الغير مستخلفا تسرى التزاماته على من يخلفونه خلافة عامة " كالورثة " وفقا للقواعد العامة أو نائبا قانونيا أو اتفاقيا يعمل فى حدود نيابته لان كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل والعكس .(ولذلك استعمل النص عبارة الخصم أو نائبه رفقا لما جرى عليه القضاء المصرى).

والملاحظ أن هناك بعض الأوراق التى يمكن أن تعتبر صادرة من الشخص رغم أنها ليست موقعة منه أو من يمثله وليست بخطه أو بخط من يمثله ومن هذا الأوراق الرسمية كما حضر التحقيق ومحاضر الجلسات إذ ما يرد فيها من أقوال الخصوم يعتبر صادر منهم فإذا كانت هذه الأقوال لا ترقى الى درجة الإقرار فإنه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال ويلاحظ أن الورقة لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا لم ينكرها من يتمسك عليه بها أو يطعن فيهما بالتزوير وفى هذه الحالة لا يعتد بالورقة إلا إذا ثبتت صحتها .(مذكرة المشروع التمهيدى و الدكتور عبد الودود يحيى – المرجع السابق).

<u>- الشرط الثالث : أن يجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال .:</u>

يجب أخيرا – لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة – أن تتضمن ما يجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال ، ذلك أن جواز الإثبات بالبينة فى هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص ، فإذا كانت الورقة تتضمن نفيا قاطعا للواقعة المدعاة فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن الورقة أن تقرب احتمال صدق الأمر المدعى به أم لا . وقد قضت محكمة النقض بأن " تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاده فى فهم الواقع يستقل به قاضى الموضوع " .

ومن أمثلة ذلك أن يكتب المدين الى الدائن خطايا ويشير فيه الى الدين الموجود فى ذمته دون أن يحدد مقدار الدين ، ففى هذه الحالة يكون الخطاب مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين يجيز للمدعى أن يثبت بالبينة مقدار الدين وشروطه . ومن ذلك أيضا أن يحضر الدائن محضر جرد التركة ولا يذكر الدين الذى له فى المحضر ، فى هذه الحالة يعتبر محضر جرد التركة الذى عمل أمام الدائن دون أن يذكر فيه دينه مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بهذا الدين ، لانه لو كان الدين باقيا فى ذمة المورث لما خلا منه حضر جرد التركة .

ولا يشترط ان تدل الورقة بطريقة مباشرة على احتمال صدق المدعى به ، بل يمكن أن يستنبط ذلك منها ، فمثلا ورقة الرهن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالدين المضمون بالرهن لأنه يمكن أن يستنبط معها أن الدائن قد استوفى حقه . ومن ذلك أيضا اعتبار المخالصة بجزء من الدين مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالأقساط السابقة

<u>ما يترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة :</u>

يترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود (المادة ٦٢اثبات) ولكن ليس معنى هذا أن يصبح قبول الإثبات بشهادة الشهود حقا للمدعى وإنما يكون الأمر جوازيا للمحكمة . فلها أن تقبل الإثبات بالبينة ولها أن ترفض ذلك . ويجب أن يطلب المدعى الترخيص له بالإثبات بالبينة ، فلا تستطيع المحكمة أن ترخص له من تلقاء نفسها .

والإثبات بشهادة الشهود يصبح جائزا فى الحالات التى تجب فيها الكتابة للإثبات . وعلى ذلك إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإن الشهادة تجوز فى إثبات التصرفات القانونية التى تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه ، وفى ذلك إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة ، وكذلك تجوز الشهادة فى إثبات التصرفات القانونية التى يتطلب المشرع الكتابة لإثباتها دون اعتبار لقيمة التصرف كعقد الكفالة وعقد الصلح وذلك لان المشرع اعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة إذا أيدته الشهادة مساويا للكتابة الكاملة .

ولكن لا تطبق هذه القاعدة على التصرفات الشكلية التى أعتبر المشرع الكتابة ركنا فى انعقادها كالهبة والرهن الرسمى ، ففى هذه الحالة إذا لم توجد الكتابة التى يتطلبها القانون فإن التصرف يكون منعدما ولا يمكن إثباته بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

هذا وقد أعتبر القانون تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة مساويا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، فأجاز فى هذه الحالة الإثبات بشهادة الشهود والقرائن بالنسبة لما يجب إثباته بالكتابة ، وقد نصت على هذا الحكم المادة ١١٣ إثبات بقولها " إذ تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك .(انظر عبد الودود يحيى وذات المعنى السنهورى).

وقد قضت محكمة النقض بأن : جرى قضاء محكمة النقض على أن تقرير ما إذا كانت الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة تجعل الاثبات قريب الاحتمال أولا تجعله هو اجتهاد فى الواقع يستقل به قاضى الموضوع متى أقام قضاءها على استخلاص سائغ .(نقض مدنى – الطعن رقم ٤٨٩ سنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/١٢/٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ١١ ص٦٣٥). وبأنه " يكفى فى مبدأ الثبوت بالكتابة طبقا للمادة ٤٠٢ من القانون المدنى أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استند فى عدم اعتبار الخريطة – التى تدعى الزوجة الطاعنة أن المورث حررها بخطة وبين بها الأطيان المبيعة لها – مبدأ ثبوت بالكتابة ، إلى أنه لا يبين فيها الصفة التى وقع بها المورث عليها ، والى خلوها من بيان اسم البائع وموقع الاطيان والثمن وما تم فيه ورتب الحكم على ذلك أن هذه الخريطة لا تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، ولما كانت هذه البيانات لو توافرت فى الخريطة المذكورة لكونت منها دليلا كاملا ، هذا إلى أن الثابت من الاطلاع على الخريطة أنها تشتمل على حدود الأطيان المبيعة للطاعنة فإن الحكم يكون بذلك قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على اساس خاطئ لمفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة علاوة على مخالفة الثابت بالاوراق .(نقض مدنى – الطعن رقم ١٤٩ سنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٢٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص٢٦٨). وبأنه " ان شركة التضامن ليست من العقود الشكلية حتى يصح القول ببطلانها إذا لم يحرر عقدها بالكتاب ، وإنما هى من التعهدات التى لا يجوز اثباتها الا بالكتابة لان المادة ٤٦ من قانون التجارة لم تنص على وجوب الكتابة الا لبيان الدليل الذى يقبل فى اثبات وجود شركة تضامن ، كما هى الحال بالنسبة للمادة ٢١٤ من القانون المدنى حين نصت على وجوب الاثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التعهد على الف قرش . ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم فى التعهدات المدنية ، على وجه العموم مقام الاثبات بالكتابة إذا كملته الشهود والقرائن فمن باب أولى تكون الحال فى شركة التضامن باعتبارها من المسائل التجارية ، والقاعدة فى المسائل التجارية أنه يجوز فيها على وجه العموم الاثبات بغير الكتابة .(نقض مدنى – الطعن رقم ٧٤ سنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٤/٢٧ مج ٢٥ سنة ٣٦). وبأنه " ان تحصيل مفهوم الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة والحكم على أساس هذا التحصيل بأن الورقة تجعل الامر المراد اثباته قريب الاحتمال أو لتجعله هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى ، فما تراه محكمة الموضوع فى شأنه لا يقبل الطعن بمخالفة القانون "(نقض مدنى – الطعن رقم ٥٥ ، ٧٤سنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٢٢ مج ٢٥ سنة ص٤٧) وبأنه " الورقة التى يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد اقامة الدليل عليه ، وعلى ذلك فإذا صدر حكم ابتدائى بناء على طلب أحد الدائنين بصورية عقد أبرمه مدينة ثم قضت محكمة الاستئناف بالغائه وعدم قبول دعوى المدعى ، فهذا الحكم لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة فى دعوى صورية العقد التى يرفعها المدين (او ورثته) فيما بعد على من صدر له التصرف (أو ورثته)" (نقض مدنى – الطغن رقم ١٦٤ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٣/٢٤ مج سنة ص ٤٧)

وبأنه ان تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل الاثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاد فى فهم الواقع يستقل به قاضى الموضوع "(نقض مدنى – الطعن رقم ١٣٠ سنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/٣/١٨ مج سنة ص٤٧). وبأنه" وان كان تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من حيث كونها تجعل الامر المراد اثباته قريب الاحتمال أو لا تجعله هو مما تستقل به محكمة الموضوع الا أنه يجب على هذه المحكمة متى تمسك الخصم امامها بورقة مكتوبة صادرة من خصمه على اعتبار انها تكون مبدأ ثبوت بالكتابة وطلب الاحالة الى التحقيق لتكمله هذا المبدأ بشهادة الشهود – على المحكمة – أن تقول كلمتها فى هذه الورقة من جهة كونها تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال أولا تجعلها فإن هى أغفلت ذلك وأطرحت الورقة بغير ابداء أسباب لهذا الأطراح فإن حكمها يكون قاصر مستوجبا نقضه "(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٣٨ سنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص١٠٣٥). وبأنه " أنه وان كان صحيحا ان الصورية لا تثبت بين المتعاقدين الا بالكتابة الا ان المشرع قد جاز الاثبات بالبينة فيما كان يجب اثباته إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابى الكامل فى الإثبات "(نقض مدنى – الطعن رقم ٢١١ سنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٥/٢٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ ص٧٩٩). وبأنه " يجب لكى يعتبر المحرر الصادر ممن ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل أو ولى أو وصى ، مبدأ ثبوت بالكتابة – أن يكون قد صدر منه فى حدود نيابته ، فإذا كان الحكم قد اقتصر فى اعتبارها الاقرار سالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة على كونه صادرا من جد القصر والوكيل عن الوصية دون أن يبين ما إذا كان هذا الاقرار قد صدر فى حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية ، وفى حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى ، فإنه يكون قاصر البيان قصورا يستوجب نقضه "(نقض مدنى – الطعن رقم ٦٢ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١ مج ٢٥ سنة ص٤٧). بأنه" إذا كان الحكم حين تحدث عن مبدأ الثبوت بالكتابة اقتصر على اقرار المراد الإثبات ضده بوجود ورقة الضد ولكنه لم يبين ما هو هذا الإقرار ولا فى أية ورقة ورد ، وهل هو يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال وكيف ذلك ، فإن خلوه من هذا يعجز محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون إذ لا يتسنى لها بدون هذا البيان التحقق من وجود مبدأ ثبوت بالكتابة بالمعنى المراد فى المادة ٢١٧ من قانون المرافعات فيكون متعونا نقضه لتصوره "(نقض مدنى – الطعن رقم ٦١سنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٣/٢٧ مج ٢٥ سنة ص٤٧). وبأنه " لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى كملته البينة يستوى فى ذلك أن يكون الاثبات بالكتابة مشترطا بنص القانون أو باتفاق الطرفين – وعلى ذلك فإذا رفع البائع الدعوى بطلب ثمن اقطان باعها وقدم المشترى للمحكمة ورقة عدها مبدأ ثبوت بالكتابة على التخالص من ثمن تلك الأقطان طالبا تكملته بالبينة فلم يعقد الحكم بهذا الدفاع استنادا إلى اتفاق الطرفين على عدم اثبات التخالص بغير الكتابة

فإن الحكم يكون قد اخطأ إذ لو صح اعتبار تلك الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة يجعل التخالص محتملا لكان للمتمسك بها تكملة بالبينة "(نقض مدنى - الطعن رقم ٣٢٢ سنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١٢/١٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٨ ص٩١٧). وبأنه " ان تقدير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها وتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة من حيث كونها تجعل الاثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك وهو اجتهاد فى فهم الواقع مما يستقل به قاضى الموضوع ، فمتى كانت المحكمة قد حصلت فى منطق سليم من أوراق الدعوى واقوال الخصوم فيها ان التعاقد لم يتم وأن الورقة المتمسك بها كمبدأ ثبوت بالكتابة انما تشير الى مشروع عقد عدل عنه ، فلا سبيل الى الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض "(نقض مدنى – الطعن رقم ٩٣ سنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠ مج ٢٥ سنة ص٤٨). وبأنه" ان المادة ٤٠٢ من القانون المدنى لا تتطلب فى مبدأ الثبوت بالكتابة سوى ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال كما أن تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها هذا التصرف قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك هو مما يستقل به قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك متى كان رأيه لا يتعارض مع ما هو ثابت بالورقة ومقاما على أسباب تسوغه "(نقض مدنى – الطعن رقم ٧ سنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤٠ ٢٤ ص٣٤٢). وبأنه إذا خلت أوراق الدعوى مما يفيد سبق تمسك الطاعن بمبدأ الثبوت بالكتابة أمام محكمة الموضوع فلا يقبل منه التمسك به الأول مرة أمام محكمة النقض .(نقض مدنى – الطعن رقم ١٠٥ سنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٣/١٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص٤٢٦). وبأنه تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أو لا تجعله هو مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك متى كان رأيه لا يتعارض مع ما هو ثابت بالورقة ومقاما على أسباب سائغة "(نقض مدنى – الطعن رقم ٢٤٣ سنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ٧٤٣). وبأنه " ليس لمن يدعى صورية الشركة التى بين الشخص وآخرين أن يتخذ من هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التى يدعى قيامها بينه هو وبين هذا الشخص . لان تلك الصورية ليس من شأنها – حتى لو صحت أن تجعل الشركة التى يدعيها قريبة الاحتمال "(نقض مدنى – الطعن رقم ٦٩ سنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٤/٥ مج ٢٥ سنة ص٤٧). وبأنه " تقدير ما إذا كانت الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو لا تعتبر كذلك هو من مستقبل الواقع التى يستقبل بتقديرها قاضى الموضوع "(نقض مدنى – الطعن رقم ١٦٦ سنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص١٢١٨). وبأنه يشترط للاحتجاج بالكتابة أن تكون صادرة ممن وقعها أو من نائبة كما يشترط فى المحرر كى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون صادرا كذلك من الخصم المطلوب الاثبات عليه أو ممن ينوب عنه فى حدود نيابته .(نقض مدنى – الطعن رقم ١٩٥ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص١٧٩٠).

وبأنه ان كون الورقة الصادرة من الخصم منتجة يقرب احتمال التصرف المراد اثباته هو من المسائل التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها متى كان تقديره مستندا الى علة سائغة "(نقض مدنى – الطعن رقم ٢١ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/٦/٩ مج ٢٥ سنة ص٤٨). وبأنه" ان الورقة العرفية تستمد حجتها فى الاثبات من التوقيع وحده فإن خلت من توقيع احد المتعاقدين فلا تكون لها أية حجية قبله بل أنها لا تصلح مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ضده إلا إذا كانت مكتوبة بخطه "(نقض مدنى – الطعن رقم ٤٥٧ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ص ١١١). وبأنه" إذا كان سبب الالتزام ثابت بالكتابة فإنه لا يجوز للمتعاقدين اثبات صوريته الا بالكتابة الا أن لمشرع قد أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب اثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابى الكامل فى الإثبات "(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٣٨ سنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص١٠٣٥). وبأنه" تقدير ما إذا كانت الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على الاستخلاص سائغ .(نقض مدنى – الطعن رقم ٧ سنة ٢١ق جلسة ١٩٥٢/١٢/١٤ مج ٢٥ سنة ص٤٨). وبأنه" تقدير ما إذا كانت الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاده فى فهم الواقع يستقل به قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ "(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٦ سنة ٣٦ق جلسة ١٩٦١/٣/٩ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٢ ص٢١٢). وبأنه" تقدير ما إذا كانت الكتابة الصادرة من الخصم من شأنها ان تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك هو من سلطة محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يقام هذا التقدير على اسباب تنتجه عقلا "(نقض مدنى – الطعن رقم ٤٧ سنة ٢٩جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص١٢١٧). وبأنه" تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قرب الاحتمال أو لا تجعله كذلك هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى أقامت قضاؤها على استخلاص سائغ لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أن " السند محل الدعوى الذى تقدم به المستأنف – الطاعن – لا يتضمن فى الجزء الأسفل منه كما ذهب المستأنف سندا يجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال ذلك أن المحكمة قد انتهت الى تزوير عقد البيع ولو كان الجزء الأسفل الذى يطلب المستأنف اعتباره سندا يصلح لمبدأ ثبوت بالكتابة واردا أصلا على عقد البيع لما كان فى حاجة الى اجراء التزوير المقضى به فضلا عن أنه لا يبين منه البيع " مما مفاده أن محكمة الموضوع قد خلصت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن الورقة المذكورة لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وأقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله وكان لا محل للتحدى فى هذه الحالة بأن ما أثير عن رهن سابق يجعل وجود البيع المدعى به قريب الاحتمال ومن ثم يكون النعى على غير أساس "(نقض مدنى جلسة ١٩٨١/٣/١٧ الطعن رقم ٨٩٣ لسنة ٤٧ق).

وبأنه المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للرسائل الموقع عليها قوة الدليل الكتابى من حيث الإثبات فتكون حجة على المرسل بصحة فيها إلى أن يثبت هو العكس بالطرق المقررة فى قانون الإثبات فتكون حجة على المرسل بصحة فيها إلى أن يثبت هو العكس بالطرق المقررة فى قانون الإثبات ، والزوج فى علاقته بزوجته ليس من الغير فى صدد السرية المقررة للمكاتبات ، فإن عشرتهما وسكون كل منهما إلى الآخر وما يفرضه عقد الزواج عليهما من تكاليف لصيانة الأسرة فى كيانها وسمعتها يخول كلا منهما ما لايباح للغير فى مراقبة الآخر فى سلوكه وغير ذلك مما يتصل بالحياة الزوجية ، ومن ثم حق لكل منهما الاحتجاج بما تضمنه الرسالة الموقعة من الآخر بما تحمله من دليل لصالحه فى شئون الزوجية ، دون البحث فيما إذا كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة ، لما كان ذلك ، وكان الكتاب المرسل من أحد الخصوم إلى آخر يخضع لتقدير قاضى الموضوع فله بعد تقدير الظروف التى حرر فيها أن تعتبره دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلا ولا معقب عليه فى ذلك متى كان قد بنى تقديره على اسباب سائغة ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على ما أورد بأسبابه من أن الكتاب المرسل من الطاعن إلى ابنه منها تضمن اتهامها بالتبرج والتفريط فى شرفها والخيانة الزوجية والانحطاط الخلقى ، ولم يبد الطاعمن ثمة دفع أو دفاع بشأن هذا الكتب بما تتحقق به المضارة الموجبة للتطليق ، وهذه أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، وتكفى لحمل قضائه وفيها الرد الضمنى المسقط لما ساقه الطاعن ، ولا على الحكم إذ اعتمد على ما تضمنته تلك الرسالة ذلك أن المطعون ضدها ليست من الغير فى علاقتها بالطاعن بحسبانها زوجا له ، بما لا محل معه لبحث ما إذا كانت قد حصلت عليها بوسيلة مشروعة "(نقض ١٩٩٦/٣/٢٥ ، الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٦٢ق). وبأنه"مفاد نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات – وعلى ما جرى به قضاء النقض أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى أكمله لخصم بشهادة الشهود أو القرائن ، فقد اشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة أيا كان شكلها والغرض منها كالمراسلات والدفاتر ومحاضر التحقيق والجلسات والجرد وغيرها من الأوراق والمذكرات القضائية أو المقدمة لجهات رسمية وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم المراد إقامة الدليل عليه أو من يمثله أو ينوب عنه قانونا وان يكون من شأنها أن تجعل الالتزام المدعى به أو الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول وقريبة الاحتمال ، سواء كان ذلك بطريق مباشر بأن تتضمن الإشارة إليها بذاتها أو بطريق الإشارة إلى واقعة أخرى متنازعا عليها ، ويكون من شأن ثبوتها أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، لما كان ذلك ، وكان من المقرر أن تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت الكتابة هو من جهة كونها ورقة مكتوبة أو صادرة من الخصم – من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض

أما من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال فإنه يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع بشرط أن يكون ما استخلصه وبنى عليه قضاءه سائغا "(نقض ٨٢/١٢/٢٨ ، الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤١ق) وبأنه" عدم جواز إثبات صورية سبب الالتزام الثابت بالكتابة فيما بين المتعاقدين إلا بالكتابة . جواز الإثبات إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . تعزز هذا المبدأ بالبينة والقرائن . قيامه مقام الدليل الكامل فى الإثبات "(نقض ١٩٩٨/١/٢١ ، الطعن رقم ٩٧٢ لسنة ٥٩ق). وبأنه" عدم جواز إثبات صورية سبب الالتزام الثابت بالكتابة فيما بين المتعاقدين إلا بالكتابة . وإزاء الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته_بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . تعزز هذا المبدأ بالبينة والقرائن . قيامه مقام الدليل الكامل فى الإثبات . تمسك الخصم بورقة مكتوبة صادرة من خصمه على اعتبار انها مبدأ ثبوت بالكتابة وطلبه الإحالة للتحقيق لتكملة هذا المبدأ بشهادة الشهود . التزام القاضى بالرد على دفاعه من حيث كون الورقة تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال أولا تجعلها وإلا كان حكمه قاصرا . التفات الحكم المطعون فيه عن دفاع الطاعن بصورية سند الدين لعدم تقديمه أوراقا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . لا خطأ "(نقض ١٩٩٨/٣/٢٥ ، الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٦٢ق). وبأنه" تقدير أن الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها ورقة مكتوبة أو صادرة من الخصم من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض أما من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال . واقع . استقلال قاضى الموضوع به . شرطه . أن يكون ما استخلصه وبنى عليه قضاءه سائغا.

مبدأ الثبوت بالكتابة دليلا كاملا إذا عزز شهادة الشهود أو بالقرائن فقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان صحيحا أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة ، ألا أن المشروع قد أجاز الإثبات بالبينة فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذه المبدأ بالبينة أو بالقرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابى الكامل فى الإثبات .(نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٨ق مج س٢٤ ص٧٩٩). وبأنه " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من قانون الإثبات على أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة " ، يدل على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى اكمله الخصوم بشهادة الشهود ، ويستوى فى ذلك أن يكون الإثبات بالكتابة مشترطا بنص القانون ، أو باتفاق الطرفين ولما كانت المادة ١٠٠ من القانون المشار إليه قد نصت على أن " يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود " فإن مفاده ذلك ان المشرع أجاز الإثبات بالقرائن القضائية فى جميع الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ، وجعل تقدير تلك القرائن منوطا باطمئنان محكمة الموضوع ، ومن ثم فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود كما تجوز تكملته بالقرائن القضائية حتى يكون له ما للكتابة من قة فى الإثبات .(نقض ١٩٧٩/٣/٥ طعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ق مج س٣٠ ع١ ص٧١٣).

لا يجوز التمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة لأول مرة أمام محكمة النقض ولا يجوز الطعن على الحكم بمخالفته لقواعد الإثبات لعدم اعتباره ورقة من الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان الطاعن قد طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق على أساس أن الورقة صالحة لذلك وبطلب صريح وواضح وجازم وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا يبين من الاطلاع على الأوراق أن الطاعنين قدما أمام محكمة الاستئناف فى فترة حجز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ان بيع الفيلا تم بواسطتها ولاثبات العرف فيما يتعلق باجر السمسرة ،ثم اعيدت الدعوى للمرافعة وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من اوراق الدعوى ، ويكون ما ورد بها من دفاع مطروح على المحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه واقتصر على الاحالة إلى أسباب الحكم الابتدائى الذى لم يتعرض للدفاع المذكور بل أنه قرر ان الطاعنين لم يطلبا إثبات دعواهما بأى طريق من طرق الإثبات ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور .(نقض ١٩٧٧/١/٣١ طعن ٦٩٢ لسنة ٤٢ق مج ص٢٨ ص٣١٨). وبأنه" إذا كانت محكمة الموضوع قد اعتبرت الطاعنين عاجزين عن إثبات دفاعهم باكتساب ملكية عين النزاع بوضع اليد المدة الطويلة لمجرد عدم اطمئنانها إلى التحقيق الذى اجراه الخبير وبذلك تكون قد جعلت هذا التحقيق فى مرتبة التحقيق الذى تجريه المحكمة بنفسها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خلا مما يصلح ردا على طلب الطاعنين الاحالة إلى التحقيق لإثبات تملكهم العين محل النزاع بالتقادم المكسب الطويل المدة ، وبذلك يكون هذا الحكم مشوبا بالقصور علاوة على مخالفته القانون . (نقض ١٩٧٣/١١/٢٠ طعن ١٩٩ لسنة٣٨ ق مج س٢٤ ص١١١٤).

ما يصلح مبدأ الثبوت بالكتابة فقد قضت محكمة النقض بأن : إذا قالت المحكمة فى حكمها " أن اعتراف احد طرفى الخصومة باستلامه أجرة شهر معين هو اعتراف ضمنى بسداد اجور المدة السابقة على هذا الشهر " فقولها هذا لا يقصد منه الا أن هذا الاعتراف هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب معه احتمال تسديد الأجرة عن المدة الباقية ، فإذا هى ذكرت فى ذات الحكم ظروفا تعزز هذا الاحتمال وتسبغ لها اعتبارا الدليل كاملا على واقعة التسديد عن المدة الماضية كان حكمها صحيحا لا عيب فيه .(نقض مدنى – الطعن رقم ٥٥ سنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٤/٢٥ مج ٢٥ سنة ص٤٥). وبأنه" الايصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد اياه يجوز للمشترى ان يعتمد عليه فى اثبات حصول البيع له متى قد حصل عليه برضاء المودع لديه "(نقض مدنى – الطعن رقن ٣٧ سنة ١٠ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٥ مج ٢٥ سنة ص٤٤).

وبأنه رفعت الدعوى بموجب سند أقر فيه المدعى عليه بقضية مبلغا على سبيل الامانة ثم دفع المدعى عليه الدعوى بصورية هذا السند قائلا أن قيمته هى مجموعة المبالغ دفعتها له المدعية عن استحقاقه فى وقت هى ناظرة عليه أو أن زوج الدعية ووكيلها طلب إليه ان يحرر السند المرفوعة به الدعوى ويقدم تاريخه ويذكر فيه أنه امانة وذلك لمصلحة زوجته المدعية فى دعوى مرفوعة عليها من بعض اخواتها ، وأنه فى نظير هذا يرد له ايصالات المبالغ المذكورة . وقد استند المدعى عليه فى دفعة هذا الى تلك الايصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها ووكيلها بما سبق وجودها لديها واستردادها منها . ومحكمة النقض رأت أن لا مخالفة للقانون إذ اعتبرت محكمة الموضوع هذه الايصالات مبدأ ثبوت بالكتابة تجيز تكملة الدليل على الصورية بالبينة والقرائن فيما بين العاقدين ، لأن الايصالات وأن كانت صادرة من المدعى عليه إلا أنها معترف بها من المدعية ومؤشر عليها من وكيلها بما جعل ثبوت الدعى به قريب الاحتمال من نظر المحكمة "(نقض مدنى – الطعن رقم ٧٣ سنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٣/٢٨ مج ٢٥ قاعدة ١٥٦ ص٤٥). وبأنه" جلسة ١٩٣٥/٣/٢٨ مج ٢٥ قاعدة ١٥٦ ص٤٥). وبأنه" إذا قدرت نفقة الزوجة على زوجها بمبلغ معين (عشرين جنيها) بمقتضى محضر صلح حرر بينهما ثم استظهرت المحكمة من وقائع الدعوى المرفوعة من الزوجة فى شأن هذه النفقة أن الزوجة قبلت ان تقبض من وزجها المبلغ سنة جنيهات شهريا وأنها كانت تقبض هذا المبلغ كل شهر حوالى خمس سنوات بمقتضى " وبأنه " شكات محولة لامرها واذنها ، وانها لم تعترض بأى اعتراض خلال هذه المدة وانما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج ، وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب ما تجمد من النفقة ، فإنها لا تكون قد اعتمدت على مجرد القرائن فحسب بل أيضا على الشيكات التى وقعتها الزوجة حين قبضت قيمتها ، مما مفادة ان المحكمة اعتمدت على مبدأ الثبوت بالكتابة بتلك القرائن التى اوردتها والتى من شأنها أن تؤدى الى ما استخلصته ولا خطأ منها فى ذلك "(نقض مدنى – الطعن رقم ٢٠٢ سنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/١١/٢٤ مج ٢٥ سنة ص٤٦). وبأنه " إذا كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى الذى احال إليه الحكم المطعون فيه أنه اعتمد فى بيان الضرائب الاضافية المستحقة على الشقة المؤجرة محل النزاع على كشوف رسمية مقدمة من المطعون عليها المؤجرة – مثبت بها مقدار هذه الضرائب كان هذا الدليل الذى استمده الحكم منها كافيا لحمل قضائه بشأن تحديد مقدار الضرائب المستحقة فإن النص عليه بالقصور فى التسبيب يكون غير وارد "(نقض مدنى – الطعن رقم ٦١٠ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/٩). وبأنه" ان محكمة النقض إذ تفسر غامض السند موضوع النزاع طبقا لمقاصد العاقدين ، مسترشدة فى ذلك بظروف الدعوى وملابساتها وإذ تأخذ بما ترجحه من وجود التفسير معتمدة على اعتبارات معقولة مقبولة لا تخضع لرقابة محكمة النقض على ما يجرى به قضاءها . فإذا اختلف طرفا الدعوى على تفسير ورقة قال المدعى ان المبلغ الوارد بها هو قرض واجب الأداء

وقال المدعى عليه أنه لم يكن قرضا اقترضه من المدعى وانما هو جزء من ثمن قطن تسلمه المدعى من زراعته بضفته وكيلا عنه وباعه وقبض ثمنه ورشح المدعى عليه لهذا الادعاء بعبارة الورقة المطالب بقيمتها وبأوراق أخرى قدمها فحكمت محكمة الاستئناف تمهيديا باستجواب الخصمين وحققت ما ادعاه كل منهما وحصلت مما استظهرته من القرائن ، ومن جميع ما ادعاه كل منهما وحصلت مما استظهرته من القرائن ، ومن جميع ظروف الدعوى ان دعوى المدعى عليه ارجح من دعوى المدعى او ان هذا القرائن – على أقل تقدير – موجبة للشك فى سبب الدين المدعى به . فرفضت الدعوى ، فهذا الحكم صحيح ولا مخالفة فيه لا لحكم المادة ٢١٥ ولا لحكم المادة ١٩٤ من القانون المدنى . لا مخالفة فيه لحكم المادة ٢١٥ لأن المحكمة باعتمادها على عبارة الورقة المطالب بقيمتها وعلى أقوال المدعى فى محضر استجوابه وعلى الخطابات التى ارسلها هو للمدعى عليه دالة على أنه كان يقوم بادارة أطيان ونسليم قطنه ، قد اعتمد على ما يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز لها أن تستكمله بالقرائن الأخرى ولا مخالفة لنص المادة ١٩٤ مدنى ، لأن المحكمة لم تقض بمقاضة ما ، وانما هى قضت برفض الدعوى المطالبة بعد أن ثبت لها أن المبلغ المطالب به لم يتسلمه المدعى عليه الا على اعتباره جزاء من ثمن قطنه الذى باعه المدعى حين كان وكيلا عنه (نقض مدنى – الطعن رقم ٥٢ سنة ٣ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٧ مج ٢٥ سنة ص٤٦). وبأنه إذا قدم شخص ضمن مستنداته صادرا له من آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الارض وأنه قد أصبح هذا البيع نهائيا فإن ورقة الضد التى ضاعت منه تعتبر لاغية ولا يعمل بها إذا ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الآخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الاحوال فإنها لا تكون قد خالفت القانون إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذى قدمه يفيد تسليمه بسبق وجود ورقة الضد وبضياعها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذى هو محل الدعوى "(نقض مدنى – الطعن رقم ٧٤ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/٥ مج ٢٥ سنة ٤٧).وبأنه" الشهادة الرسمية المستخرجة من قلم العقود بالمحكمة المختلطة الدالة دلالة صريحة على ان هناك عقد بيع صدر من زيد لعمرو وأن البيع هو بثمن قدره كذا وان زيدا الصادر منه البيع هو بثمن قدره كذا وأن زيدا الصادر منه البيع هو الذى قدم العقد بنفسه لاثبات تاريخه فأثبت بتاريخ كذا تحت رقم كذا وأن زيدا هو نفسه الذى تسلمه من قلم الكتاب بتاريخ كذا – هذه الشهادة مفادها أن بقلم العقود بالمحكمة المختلطة ايصالا موقعا عليه من زيد يفيد تسليمه لذلك العقد وأن ذلك العقد صادر منه بالبيع لعمرو بمبلغ كذا ولا شك أن ذلك الايصال المستفاد حتما من عبارة الشهادة الرسمية التى هى فى ذاتها حجة لم يطعن فيها بأى مطعن ، هو ورقة صادرة من زيد دالة على ان ما كان منه من البيع بالثمن المذكور . وهذا الايصال وانه كان لا يفيد قطعا أن الثمن الوارد بعقد البيع الذى تسلمه زيد قد دفعه عمرو له فعلا أو أنه كان ثمنا مؤجلا

الا أن جريان العادة الغالبة بأن المشترى يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلا ، واذن فهذا الايصال المدلول عليه حتما بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يترتب احتمال صحة تسليم زيد لمبلغ الثمن ويجيز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبينة والقرائن "(نقض مدنى – الطعن رقم ٥٧ جلسة ١٩٣٥/٢٨ مج ٢٥ سنة ص٤٥). وبأنه" إذا طالب المدعى عليه بثمن بضاعة قال انه وردها اليه بناء على تعاقد شفوى ثم بينهما ، مستندا فى ذلك الى وصولات توريد صادرة اليه من المدعى عليه ودفع المدعى عليه الدعوى بأن البضاعة التى وردت اليه انما كانت لحساب أخى المدعى ومن زراعة هذا الأخ تنفيذا لعقد مبرم بينه وبين المدعى عليه ضمن فيه المدعى اخاه فى التوريد متضامنا معه فيه ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن وصولات التوريد وأن كانت صادرة باسم المدعى فإنها لا تشير الى تعلقها بزراعتها الخاصة ولا الى التعاقد الذى ادعاه فهى لا تصلح دليل كتابيا كاملا على التعاقد المدعى وانها ان اعتبرت مبدأ ثبوت بالكتابة فإن المدعى لم يطلب تكملته بالبينة ثم أوردت المحكمة قرائن عدة اعتبرتها نافية للدعوى ، فلا وجه للنعى على حكمها ، لا من حيث أن هذه القرائن غير مؤدية الى النفى لأنه بحسب الحكم أنه اعتبر المدعى عاجزا عن اثبات دعواه فهذا وحده كاف لحمله يغض النظر عن القرائن التى ساقها (نقض مدنى – الطعن رقم ١٤٦ سنة ١٥ق جلسة ١٩٤٧/١/١٦ مج ٢٥ سنة ص٤٤). وبأنه" شرط الاستدلال بالكتابة ان تكون مذيلة بتوقيع من نسبت اليه اما المحرر الخالى من التوقيع فلا قيمة له إلا إذا كان مكتوبا بخط المطلوب الإثبات عليه ، ففى هذه الحالة يصلح ان يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وعلى ذلك إذا كان الثابت أن المشترية لم توقع الورقة المتضمنة اقرارها بأن عقد شرائها صورى بل كان الذى وقعها هو ولداها الذى لم يكن نائبا عنها ، فإنه لا يصح ان تتخذ المحكمة من تلك الورقة دليلا كاملا على صورية ذلك العقد فى حالة ما يكون اثبات الصورية غير جائز الا بالدليل الكتابى "(الطعن رقم ٦١ سنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٣/٢٧ مج ٢٥ سنة ص٣٨). وبأنه " محاضر الحجوز الادارية التى توقع بناء على طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانونا انها صادرة من المؤجر ، وهى بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة فى شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدرة وبالثمن الوارد بها ، فإذا استكملتها محكمة الموضوع بما تذكرة فى حكمها من القرائن ، واستنتجت منها وجوب خصم قيمة الحاصلات حسبما جاء بمحضر الحجز فهذا الاستخلاص مما يدخل فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدنى – الطعن رقم ٨٩ سنة ٥ق جلسة ١٩٣٦/٣/١٩ مج ٢٥ سنة ص٤٥).وبأنه متى كان الواقع هو ان الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم وطلب الحكم بإلزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه ان هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض ، فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضا وانما هو ثمن حصة فى ماكينة اشتروها من الطاعن بموجب عقد محرر فى تاريخ تحرير السند

وكان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر العقد مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمطعون فيه إذ اعتبر العقد مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمطعون عليهم تكملة اثبات دفاعهم بالبينة قد قرر ان هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحرره مع السند موضوع الدعوى فى مجلس واحد علاوة على اتحادهما فى خط الكاتب لهما والشهود الموقعين عليهما والمداد المحررين به . كما أنه يستبعد ان يشترى المطعون عليهم حصة الطاعن فى الماكينة وان يدفعوا اليه الثمن ويقترضوا فى نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند – إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد استند إلى أدلة مسوغة تؤدى إلى النتيجة التى رتبه عليها ، وليس فيما قرره مخالفة للقانون .(نقض مدنى – الطعن ٢٣٦ سنة ٢٠ق جلسة ٥٣/٣/٥ مج ٢٥ سنة ص٤٤). وبأنه" إذا قدمت فى الدعوى قصاصات ورقة مجموعة بعضها الى بعض بطريق اللصق على انها تضمنت شروط استرداد العين المبيعة فاستدلت المحكمة منها ومن ترتيب العبارة الواردة بها وخصوصا ما يتعلق منها بالعين ومقدارها وحق استرادها ، مع اتحاد الخط والحبر والورق ووجود توقيع بصمة ختم المشترى على احداها استدلت من ذلك على أن هذه البقايا هى اجزاء لاصل واحد ، فاعتبرتها – ولا ورقة كاملة - بل مبدأ ثبوت بالكتابة اكملته بما استخلصته من شهادة الشهود والقرائن التى اوردتها ، وبناء على ذلك قضت بأن العقد وان كتب فى صورة عقد بيع بات هو فى حقيقته يخفى رهنا فذلك ليس فيه خطأ فى تطبيق القانون " (نقض مدنى – الطعن رقم ٣١٤ سنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٤/٩ مج ٢٥ سنة ص٤٧) وبأنه" متى كان الحكم الابتدائى قد قضى بالزام الطاعن بمبلغ مقابل ثمن أطيان كلف ببيعها من مورث المطعون عليهم وكان الطاعن قد تمسك فى دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أوفى ثمن هذه الاطيان للمورث المذكور مستندا الى محضرى صلح موقعا عليهما من المورث باعتبارهما ورقتين صادرتين من خصمه فى تاريخ لا حق لتاريخ بيع الاطيان لم ينص فيهما على مديونيته للمورث بأى التزام لا بصفته الشخصية ولا بصفته وكيلا عنه وانهما يصلحان لان يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يجعلان دفاعه بعدم مديونيته فى ثمن الاطيان قريب الاحتمال وطلب احالة الدعوى على التحقيق لاثبات هذا الدفاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اغفل الرد على هذا الطلب يكون قد عاره قصور مبطل له بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص "(نقض مدنى – الطعن رقم ١٩٧ سنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ ٢٥ سنة ص٤٤). وبأنه " ان الفاتورة الصادرة من أحد المحلات التى تعامل الشركة والتى وقعها احد الشريكين تعتبر بلا شك مبدأ ثبوت بالكتابة فى اثبات الشركة مادام من شأنها أن تجعل ثبوت قيامها فى حقه قريب الاحتمال فإذا اكملت هذه الفاتورة بشهادة الشهود والقرائن فإن شركة التضامن يثبت قيامها بين الشريكين .(نقض مدنى – الطعن رقم ٧٤ سنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٤/٢٧ مج ٢٥ سنة ص٤٥).

ما لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ، فقد قضت محكمة النقض بأن : ليس من يدعى صورية الشركة التى بين الشخص وآخرين ان يتخذ من هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التى يدعى قيامها بينة وبين هذا الشخص . لان تلك الصورية ليس من شأنها حتى لو صحت ان تجعل الشركة التى يدعيها قريبة الاحتمال .(نقض مدنى – الطعن رقم ٦٩ سنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٤/٥ مج ٢٥ سنة ص٤٦). وبأنه علاقة البنك بالعميل الذى يقوم بإيداع مبالغ فى حسابه لدى البنك ليست علاقة وكاله وانما علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ مدنى قرضا ومن ثم فإن الايصال الصادر من البنك بإيداع مبلغ لحساب شخص آخر – دون تحديد للمودع – لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة لان الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد اقامة الدليل عليه او ممن ينوب عنه فى حدود نيابته وأن يكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وهو لا يتوافر فى الايصال المذكور "(نقض مدنى – الطعن ٣٧٢ سنة ٣٠ ق جلسة ٦٥/١١/٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٦ص٩٧٢). وبأنه " ولئن كان تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال أو لا تجعله هو مما يستقبل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى هذا الخصوص ، إلا أن شرط ذلك أن يقيم قضاءه على أسباب سائغة ولما كان استخلاص الحكم المطعون فيه عدم حصول التصرف بالبيع من المورث للطاعنة غير سائغ ولا يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها لأن عدم تسجيل العقد واستغلال المورث للأطيان المبيعة لا يدل بمجرده على عدم حصول التصرف فى ذاته ، كما لا يدل على عدم حصوله أن تكون الطاعنة قد احتفظت فى مكتبها – بمحل عملها – بخريطة لهذه الأطيان ، وصورة شمسية للعقد دون أصله أو أنها لم تبلغ عن ضياع العقد لما اكتشفت عدم وجوده بعد وفاة المورث ، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه فساد فى الاستدلال "(نقض مدنى – الطعن رقم ١٤٩ سنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/١/٢٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص٢٦٨). وبأنه" مفاد نص المادتين ١٩ ٢٠ من القانون رقم ١٦٠ سنة ١٩٥٠ الخاص بالجنسية – أن الشهادة الصادرة من وزير الداخلية لاحد الأشخاص بناء على طلب الجنسية ليس من شأنها أن تكتسب الجنسية المصرية . وانما هى دليل ليست له حجية قاطعة يجوز اثبات ما يخالفها بأى طريق من الطرق التى تراها المحكمة المختصة بالفصل فى النزاع ، وأن المشرع انما قصد أن يفرض على صاحب الشأن الالتجاء الى وزارة الداخلية إذا هو أراد الحصول على دليل لاثبات الجنسية ، ولم يستلزم لاختصاص المحكمة الحصول على شهادة من وزارة الداخلية او بتقديم طلب للحصول عليها ، وهى تقضى فى دعوى الجنسية على اساس ما يقدم لها من أدلة تقضى بقبولها لمن تتوافر فيه احدى حالاتها التى نص عليها قانون الجنسية

ولا يوجد فى نصوص القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ ما يمنع صاحب الشأن من اللجوء الى القضاء مباشرة بطلب الاعتراف بالجنسية مجردة عن طلب الغاء قرار وزير الداخلية برفض اعطاء الشهادة الدالة عليها خلال الميعاد المحدد لطلب الالغاء أو بعد انقضائه (نقض مدنى – الطعن رقم ١٦٧ سنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ ص٨٧٣).وبأنه " يجب – لكى يعتبر المحرر الصادر ممن ينوب عن الخصم المطلوب الاثبات عليه ، كوكيل أو ولى أو وصى ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يكون قد صدر منه فى حدود نيابته ، فإذا كان الحكم قد اقتصر فى اعتباره الاقرار سالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة على كونه صادرا من جد القصر والوكيل عن الوصية دون أن يبين ما إذا كان هذا الاقرار قد صدر فى حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية ، وفى حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى ، فإنه يكون قاصر البيان قصور يستوجب نقضه "(نقض مدنى – الطعن رقم ٦٢سنة ١٨ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١ مج ٢٥ سنة ص٤٧). وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فيما استخلصه من المخالصات والمستندات – بصدد مقدار اجرة سنة ٦٥/٦٤ الزراعية موضوع النزاع – على المعنى الظاهر لها وبين الاعتبارات المقبولة المؤدية لما ذهب اليه ، وكان لا مانع من اعتبار الورقة دليلا كاملا على اثبات تصرف معين ، فى ذات الوقت مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر وكان تقدير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها من الخصم تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، فإنه بحسب الحكم المطعون فيه أن اعتبر ورقة المحاسبة عن سنتى ٦٣/٦٢ ، ٦٤/٦٣ الزاعيتين بنية ايجارية اقل من الأجرة الواردة بالعقد وبعد خصم المصاريف المتمسك بها من الطاعنين الأول والثانى (المستأجرين) مبدأ ثبوت بالكتابة لم يطلبا تكملتها بالبينة ، ومن ثم اتخذ من عجزهما عن اثبات ادعائهما – الأجرة الأقل وخصم المصاريف – موجبا لرفضه "(نقض مدنى – الطعن رقم ١٨٩ سنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ص٦١٠). وبأنه" أن الورقة العرفية تستمد حجيتها فى الاثبات من التوقيع وحده فإن خلت من توقيع احد المتعاقدين فلا تكون لها أية حجية قبله بل أنها لا تصلح مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ضده إلا إذا ما كانت مكتوبه بخطه .(نقض مدنى – الطعن رقم ٤٥٧ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ص ١١١). وبأنه" الورقة التى يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد اقامة الدليل عليه ، وعلى ذلك فإذا صدر حكم ابتدائى بناء على طلب احد الدائنين بصورية العقد الذى ابرمه مدينة ثم قضت محكمة الاستئناف بالغائه وعدم قبول دعوى صورية العقد التى يرفعها المدين (أو ورثته) فيما بعد على من صدر له التصرف (أو ورثته)".(نقض مدنى – الطعن رقم ١٦٤ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٣/٢٤ مج ٢٥ سنة ص٤٧)

وبأنه إذا كانت المحكمة قد رأت أن الأوراق المقدمة من المستأنف لتبرير طلبه احالة الدعوى الى التحقيق لثبت دعواه لا تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لانها لا تجعل المدعى به قريب الاحتمال ، وكان رأيها لا يتعارض مع الثابت فى الدعوى ، فإن المناقشة فى ذلك لا تكون الا مجادلة فى الموضوع . (نقض مدنى – الطعن ٥٤ لسنة ١٠ق جلسة ٤١/٢/١٣ مج ٢٥ سنة ص٤٧).وبأنه " إذا كانت المحكمة كانت قد استجوبت طرفى الخصومة فيما تقدم به المدعى من القرائن للتدليل على كذب الايصال الصادر منه فإن محضر هذا الاستجواب لا يمكن اعتباره لذاته مبدأ ثبوت بالكتابة ، لانه يجب لاعتباره كذلك أن يكون قد تضمن قولا صادرا عمن يراد الاثبات ضده يجعل الحق المراد اثباته بالبينة قريب الاحتمال . فإذا كان الثابت فى المحضر ان كلا من الطرفين قد أصر اصرارا تاما على وجهة نظره: الدائن ينكر انكارا مطلقا كل ما يدعيه المدين ، والمدين مصر على دعواه ، فإنه لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة . (نقض مدنى – الطعن رقم ٥٣ سنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٢/٣ مج ٢٥ سنة ص٤٧).

المانــع المــادي والأدبــي :

... تنص المادة (٦٣) من قانون الإثبات على أنه :

" يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابى.

(أ) إذا وجد مانع مادى أو ادبى يجول دون الحصول على دليل كتابى .

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه " .

تعالج هذه المادة حالتين ، الأولى لا يتوافر فيها الدليل الكتابى من أول الأمر لسبب وجود مانع مادى أو أدبى ، والثانية فقد فيها الدليل بعد إعداده وصدوره بسبب أجنبي لا بد للدائن فييه.

ويفترض فى الحالتين أن الإثبات بالكتابة – كدليل كامل – كان واجبا ، ويجيز النص استثناء بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته أصلا بالكتابة . وإذن ، من الجائز إعمال هذا النص فى الحالات الآتية :

إذا كانت قيمة الالتزام تجاوز خمسمائة جنيه .

إذا اتفق الخصوم على الإثبات بالكتابة ، ولو يجاوز ما يراد إثباته خمسمائة جنيه .

إذا كان المراد إثبات ما يخالف دليلا كتابيا أو يجاوزه (م٦٢).

إذا اشترط القانون الكتابة لإثبات العقد . أما إذا اشترطها لانعقاده ، أى إذا كان العقد من العقود الشكلية ، وليس من العقود الرضائية ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة وحده كعقد الهبة مثلا . ولا مجال لاعمال النص بصدد أى الأعمال المادية فهذه يجوز إثباتها أصلا بالبينة والقرائن.

وعلى ذلك فإن مؤدى هذا النص انه قد توجد ظروف من شأنها أن تحول بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي . وفى هذه الحالة يجيز القانون الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، ذلك أن " وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على دليل كتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء إذا لا قبل لأحد بالمستحيل "

والقانون يجيز الإثبات بشهادة الشهود فى هذه الحالة فى التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه ، وفى إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل على دليل كتابي وكذلك فى الحالات التى يطلب القانون الكتابة لاثباتها مهما كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة . ولكن هذا الاستثناء لا يسرى بالنسبة للتصرفات الشكلية إذ الكتابة فى هذه التصرفات ركن من أركان التصرف فتخلفها يترتب عليه عدم وجود التصرف.

وبقصد بالمانع من الحصول على الكتابة " المانع الذى ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة ، أى استحالة مقصورة على شخص المتعاقد وراجعة الى الظروف الخاصة التى تم فيها التعاقد " وقد يكون المانع ماديا أو أدبيا . راجع أبو الوفا وعبد الودود يحيى وانظر ذات المعنى تقريبا مرقص) .

<u>المـــانـــع المـــادى :</u>

يعتبر المانع ماديا إذ نشأ التصرف القانونى فى ظروف لم تكن لدى ذوى الشأن فيها متسع من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي ومن أمثلة ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الحوادث المفاجئة كالحريق أو الفيضان . ومن الأمثلة العملية على ذلك الوديعة الاضطرارية وهى التى تتم فى ظروف يخشى فيها الشخص من خطر داهم على الشيء ، دون أن يكون لديه الوقت الكافى أو الوسائل للحصول على كتابة من المودع لديه . وفى هذه الحالة يجب على المودع – لكى يستطيع الإثبات بشهادة الشهود أن يثبت أولا الظروف المفاجئ الذى حصل الإيداع بسببه ، فإن تجح فى ذلك جاز له أن يثبت الوديعة بشهادة الشهود ولو جاوزت قيمتها عشرين جنيها .

ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة نزلاء الفنادق لما معهم من أمتعة ، لا تسمح ظروف السفر بجرد أمتعة كل مسافر عند نزوله فى الفندق أو مغادرته له .

ويطبق حكم هذا الاستثناء أيضا على كل حالة يتعذر فيها الحصول على دليل كتابي كمن يقرض صديقا له مبلغا يزيد على خمسمائة جنيه فى الميناء أو المطار قبيل الباخرة أو الطائرة ، إذ مثل هذه الحالات لا يتسع الوقت للحصول على دليل كتابي .(د/ أنور سلطان – الإثبات).

ومن الحالات التى يوجد فيها مانع من الحصول على دليل كتابي ان يكون المكلف بالاثبات ليس طرفا فى التصرف المراد اثباته ، فعدم اشتراك الشخص فى التصرف المراد اثباته يعتبر مانعا من الحصول على دليل كتابي .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الظروف التى تم فيها التصرف تعتبر مانعا من الحصول على دليل كتابي أم لا . (راجع فى كل ما سبق عبد الودود يحيى وأنور سلطان وأبو الوفا).

<u>المــانــع الأدبــى :</u>

يعتبر المانع أدبيا إذا كانت الظروف التى تم فيها التعاقد أو الصلات التى كانت تربط المتعاقدين وقت التعاقد لم تسمح من الناحية الأدبية لأحد المتعاقدين باقتضاء كتابة من المتعاقد الآخر .

وأساس التسليم بوجود مانع أدبي من الحصول على دليل كتابي لإثبات التصرف القانونى أساس نفسى ، أي اعتبارات معنوية تحول دون المطالبة بالكتابة ، وقد أقر القانون أثرها فأجاز إعفاء المتعامل ، بسببها ، من اقتضاء الكتابة حيث تكون واجبة ، رعاية لهذه الاعتبارات والقيم المعنوية ، إلا أن تقدير وجود العامل النفسى الذى يمنع من الحصول على الكتابة مسألة تتصل بالظروف الخاصة لكل حالة ولكل شخص ، ولذا لا يمكن ان تحدد مقدما .

وعلى ذلك تعد الزوجية ، أو القرابة ، أو علاقة التبعية مانعا أدبيا يحول دون التمسك بإعداد دليل كتابي فيما يتفق عليه من تصرفات قانونية بين الزوج وزوجته ، أو بين الأقارب ، أو بين التابع والمتبوع ، ومجرد الخجل لا يرقى الى مرتبة المانع الادبي ، كما أن سبق إعداد دليل كتابي بين الزوج وزوجته ، أو بين القريب وقريبه ، أو بين التابع والمتبوع ، ينفى ادعاء أحدهما قبل الآخر بوجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . فإذا تم إبرام عقد بين زوج وزوجته ، ثم تمسك أحدهما بصوريته قبل الآخر ، وجب عليه إثبات ذلك بالكتابة ، ولا يصح له التحدى بوجود مانع أدبي حال دون هذه الكتابة .

ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن "محكمة الموضوع تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون أن هى رفضت إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات صورية العقد بين طرفيه – فى حالة كان يجب إثباته فيها بالكتابة – معتمدة على سبق وجود دليل كتابي بينهما – وهو العقد المطعون بصوريته – وأن هذا ينفى الادعاء بوجود المانع الأدبي . وقضت محكمة النقض بأن على محكمة الموضوع أن تحقق هذا المانع الأدبي ، بحيث إذا تحقق هذا المانع لدى المتعاقد الذى يطعن على العقد بالصورية ، فإنه يجوز له إثبات هذه الصورية بالبينة والقرائن (عملا بالمادة ٦٣ إثبات والمادة ١٠٠ إثبات – نقض ١٩٦٨/١٢/١٢ – ١٩ –١٥١٧ (انظر أبو الوفا المستشار سمير البغال).

علاقة الزوجية كمانع أدبى ، فقد قضت محكمة النقض بأن: أن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق او غير مانعة من الامور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها . والقاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض.(نقض مدنى – الطعن – رقم ٣٨ ، ٥٠ سنة ٩ق جلسة ١٩٤٠/١/١١ مج ٢٥ سنة ص٤٤). وبأنه" ان مسألة اعتبار الزوجية مانعه او غير مانعة من الحصول على دليل كتابى بين الزوجين هى مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع وحدها السلطة فى تقديرها .(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٩ سنة ١ق جلسة ١٩٣٢/٥/١٩ مج ٢٥ سنة ٤٢).وبأنه " المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى . جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات للجائزة قانونا هو حق له تعين على محكمة الموضوع إجابته اليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها وكان الثابت بألوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأنه حرر السند موضوع الدعوى ضمانا لقيامه بالإتفاق على المطعون ضدها فى زواجها وأودعه على سبيل الأمانة لدى شقيقها وأنها تمكنت من الاستيلاء عليه بطريق غير مشروع بعد زواجها وأنه ليس مدنيا لها فى شئ وإستدل على ذلك بالطريقة المبينة بوجه النعى وطلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات كل ذلك وإذ كان يجوز للطاعن متى ثبت قيام المانع المادى أو الأدبى أن يثبت بشهادة الشهود ما يخالف الثابت بالسند موضوع الدعوى فإن كلا من الحكمين إذ رفض هذا الطلب إستنادا إلى أن هذا الإدعاء لا يغير من الأمر شيئا لأن السند الإذنى هو حق للمطعون ضدها وتحرر ضمانا للدين الذى لها قبل الطاعن فلا مبرر لإحالة الدعوى الى التحقيق هو رد لا يواجه دفاع الطاعن وفيه مصادرة له رغم أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون علاوة على إخلاله بحق الدفاع مشوبا بالقصور " (الطعن ٦١٣٦ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/٢/٨). وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن صلة الزوجية لا تعتبر بذاتها مانعا أدبيا يحول الحصول على سند كتابى ، ويتعين أن يرجع فى ذلك إلى كل حالة على حدة طبقا لظروف الحل التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها فى ذلك متى كان تقديرها قائما على أسباب سائغة " (نقض ١٩٨٣/٢/١٧ ، الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٤٩ق).

علاقة القرابة كمانع أدبى ، فقد قضت محكمة النقض بأن : صلة القربى لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا ، اقتصار الحكم على اعتبار صلة القربى بين المطعون ضده الثانى وبين الطاعنة تقوم مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابى بيان الظروف المبررة لذلك . قصور .(الطعن رقم ٥٩ سنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٣/٢/٢٥ ، نقض جلسة ٧٠/١/٨ س٢١ ص٣٥).

وبأنه تمسك الطاعن بصورية عقد البيع الصادر منه إلى ابنه المطعون ضده وأنه لم يحرره إلا لتدخل أحد رجال الدين فقام مانع أدبي حال دون حصوله على دليل كتابي على هذه الصورية . تدليله على ذلك بشهادة زوجته والدة المطعون ضده وإقرار مكتوب من رجل الدين . دفاع جوهرى . إغفال الحكم التعرض له ونفيه قيام المانع الأدبي على أن علاقة الأبوة لا تمنع من الحصول على دليل كتابي . خطأ وقصور .(نقض ١٩٩٨/١٢/٢٤ ، طعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٦٢ق). وبأنه " مسألة كون القرابة المدعاة مانعة من الحصول على دليل كتابةى بالحق المتنازع فيه أو غير مانعة هى من المسائل الواقعية التى تملك محكمة الموضوع التقدير فيها بلا معقب عليها من محكمة النقض"(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٩ سنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/١/٣ مج ٢٥ سنة ص١٤٠). وبأنه" صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها مانعا ادبيا يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع فى ذلك الى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها " (نقض مدنى – الطعن رقم ٦٠ سنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/٥ مج ٢٥سنة ٤٣). وبأنه" صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع فى ذلك الى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها "(نقض مدنى – المطعون ٢٣٦ سنة ٣٥ق جلسة ٦٩/٥/٦ مج المكتب الفنى السنة ٢٠ص ٧٣٢).وبأنه " اعتبار صلة القرابة بين أطراف الخصومة من الموانع الادبية التى تحول دون الحصول على دليل كتابي هو من الأمور الواقعة التى تستقبل بتقديرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض ، وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعنين قامتا دعواهما على المطعون عليه تطلبان القاضء بربع حصتها فى دعواهما على المطعون عليه بأنه وقد كان راشد عائلته بعد وفاة أخية مورث الطاعنين وهو والد الاولى وزوج الثانية كان يتولى بالاشتراك مع زوج الاولى ادارة الأطيان المطالب بريعها وكان يسلم الطاعنين نصيبهما فى كل محصول ولم يكن يأخذ عليهما محررا بذلك لقيام رابطة القرابة بينه وبينهما ، وكان الحكم إذ قضى بجواز اثبات تسليم الطاعنين نصيبهما فى الربع بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة قد أقام قضاءه على أساسين : الاول أن المسائل المطلوب اثباتها بالبينة تعتبر مادية . والثانى : ان صلة القرابة بين أطراف الخصومة تعتبر من الموانع الادبية التى تحول دون الحصول على دليل كتابي . وكان مبنى مانعته الطاعنتان على الحكم انه إذ قرر وجود روكية واشتراكهما فى الريع الناتج قد شابه القصور ، لانه فهم دفاع المطعون عليه على غير حقيقته واستخلص منه ما تحتمله عبارته كذلك أخطأ فى تطبيق القانون إذ اتخذ من قيام المانع الادبى بينهما وبين المطعون عليه تكأة لاجازة اثبات تسليم الريع بالبينة بالنسبة الى الوكيل مع انه لم يقل بقيام هذا المانع بين هذا الوكيل والمطعون عليه ولم يورد ثمة دليلا عليه . فإن الطعن برمته يكون متعين الرفض ، ذلك لأن الاساس الثانى مما يستقيم به الحكم وحده فى قضائه بجواز التحقيق بالبينة . (نقض مدنى – الطعن رقم ٨٣ سنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١/١١ مج ٢٥سنة ص٤٣).

فترة الخطبة تعد مانع أدبي فقد قضت محكمة النقض بأن : فترة الخطبة – وعلى ما جرى به العرف – لها سمتها الخاصة التى تفرض على الخطيبين وأسرتيهما سلوكا حميما أيته التواد والمجاملة بما يستهدف به كل طرف غرس الثقة وبعث الطمأنينة لدى الطرف الآخر وهو ما لا يلائمه التعامل بالكتابة فى شأن أداء المهر أو تقديم الشبكة وما فى حكمها من الهدايا المتعارف عليها ، فإن هذه الفترة تعد بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابي فى هذا الخصوص ويجيز الإثبات بشهادة الشهود عملا بالفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون الإثبات .(الطعن رقم ١٠٦٩ سنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٠).

- <u>هـل عقد العمل يعد مانع أدبي ؟</u>

لا يعد عقد العمل مانعا أدبيا يحول دون حصول العامل على حقوقه وقد قضت محكمة النقض بأن : علاقة التبعية بين العامل ورب العمل . عدم اعتبارها مانعا أدبيا يحول دون مطالبة العامل بحقوقه.(نقض ١٩٨٠/١٢/٢٨ ، الطعن رقم ٤ لسنة ٥٠ق).

وفى حكم أخر اتجهت محكمة النقض على عكس ما ذهبت إليه فى الحكم السابق وأعتبرت عقد العمل مانعا أدبيا فقد قضت بأن : اعتبار قيام عقد العمل بين الطاعن وأصحاب الشركة مانعا أدبيا يحول دون مطالبته بحقه . مسألة موضوعية تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب .(الطعن رقم ٩٩٧ لسنة ٤٦ق – جلسة ١٩٨٣/١/٢).

والرأى عندنا هو أن الحكم الأول هو الأقرب إلى الصحة إلا أن لكل حالة ظروفها الخاصة فقد يربط العامل مثلا بصاحب العمل صلة قرابة فيحول دون الحصول على سند كتابي ويقوم المانع الأدبي هنا إذا توافرت شرائطه .صله النسب لا تعد مانعا أدبيا فى ذاتها وقد قضت محكمة النقض بأن : مجال المانع الأدبي هو التصرفات القانونية ، ويترتب على ذلك أن المانع الذى يبرر قيامه ليس مطلقا ، وإنما هو نسبى لا يرجع إلى طبيعة التصرف بل إلى ظروف التى انعقد فيها أو لحقته ، فصلة النسب مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي ، بل المرجع فى ذلك إلى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع ، ومن ثم فإن تقدير قيام المانع الأدبي من المسائل التى تستقل بها تلك المحكمة بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على اسباب سائغة .(الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٥).

الزواج والعادة ومركز الشخص الاجتماعى من الأمور التى يقوم بها المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي وقد قضت محكمة النقض بأن : صلات القربى والزوجية والعادة ومركز الشخص الاجتماعى . من الأمور التى يقوم بها المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي . رجوع ذلك إلى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع . (نقض ١٩٩٨/١٢/٢٤ ، طعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٦٢ق).

علاقة الخادم بمخدومه كمانع أدبى ، فقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان الطاعن (المشترى) قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بقيام مانع أدبى بينه وبين البائعة – وهو أنه كان يعمل خادما لديها وان هذه العلاقة تحول بينه وبين الحصول على كتابه بما أوفاه من الثمن وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه .(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٧٢ سنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٦ص ٩٧٣).

<u>وهناك اعتبارات أدبية تأخذ حكم المانع الأدبى :</u>

هناك بعض صور المعاملات ، تجرى العادة على عدم جواز المطالبة فيها بالدليل الكتابى لاعتبارات أدبية أيضا ، من ذلك تعامل صاحب المطعم مع عملائه ، إذ يمتنع ، أدبيا ، أن يحصل صاحب المطعم من العميل على سند مكتوب بمقدار ما يطلبه من طعام ، مقدما ، إذا وجد أن قيمته تتجاوز عشرين جنيها ، وكذا تعامل الخياط مع عملائه خصوصا إذا كان هؤلاء من ذوى المراكز الاجتماعية المعتبرة ، ومن ذلك أيضا تعامل الطبيب مع مرضاه

غير أن الدكتور سليمان مرقص يرى أن الاعفاء من الدليل الكتابى فى حالة الاعتبارات الأدبية سالفة الذكر لا يقوم على توافر المانع الأدبى ، بل يستند الى العرف الذى يقضى بهذا الاعفاء ويرى أن العرف مبرر كاف للاعفاء من الدليل الكتابى ولو لم يتوافر مانع أو أدبى تأسيسا على ان العرف يجوز أن يكون مالفا للتشريع فى غير المبادئ الأساسية التى يتكون منها النظام العام ، وان قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة تعتبر إلى حد كبير غير متعلقة بالنظام العام .(مرقص – المرجع السابق).

فقد قضت محكمة النقض بأن : صلات القربى والزوجية والجواز والعادة ومركز الشخص الاجتماعى ، من الأمور التى يقوم بها المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى . رجوع ذلك إلى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع .(طعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٤).

وقضى بأن : الواجب على المحكمة – إزاء السلطة الواسعة المخولة لها فى تقدير الموانع التى تمنع من الحصول على كتابة – أن تقدر عادات البلاد وطبائع الأهالى حتى لا تتصادم الحكام مع تلك العادات فتلاشيها وتهدمها ، خوصما إذا كانت من العادات المبنية على الوفاء وكرم الطبع كعادة اعارة الأوانى والحلى بين الجيران أو إعارة المواشى والآلات الزراعية والدواب فى القرى .(محكمة أسيوط الجزئية فى ١٩٢٤/٢/١٦ – المحاماه س٤ ص٩٤١). وبأنه " ان الشارع لم يحدد الموانع الأدبية التى تمنع من الحصول على دليل كتابى وترك أمر تقديرها للقاضى ، كما يتوافر المانع الأدبى بقيامه مباشرة بين الطرفين كعلاقة الأبوة أو الزوجية أو الوكالة بلا أجر يتوافر بحكم العادة المألوفة بين الناس . ولم تجر عادة الخياطين أن يأخذوا كتابة بالمبالغ التى تطلب لهم لا سيما إذا كانت هذه الطلبات من عميل تعاملوا معه أو كان له مركز اجتماعى

ويتكون من مثل هذا العرف مانع أدبى يمنع من الحصول على كتابة إذا لا يستطيع الترزى مخالفته لما فى ذلك من إيذاء لشعور عملائه لا يفترض الزامه به وهو يسعى فى كسب عملائه ، فإن تخلف عن طلب الكتابة مسايرة للعرف السائد فلا غبار على جواز إثبات حقه بالبينة وقرائن الأحوال .(محكمة عابدين الجزئية فى ١١ /١٩٤٩/١٢ – المحاماة س٣١ ص٨٢٧.

تقدير قيام المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى مسألة موضوعية فقد قضت محكمة النقض بأن : أن المادة ٢١٥ من القانون المدنى لم تعين المانع من الحصول على دليل بالكتابة حيث يكون ذلك لازما ولم تض له قيودا ، بل جاء نصها عاما مطلقا هذا يدل على أن الشارع ترك تدير المانع لقاضى الموضوع بحسب ما يتبنه من ظروف كل حالة وملابساتها . فتقدير المانع بجميع ظروفه ، ومنها القرابة أو النسب أو غيرهما من الصلات ، لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان مستخلصا من أمور مؤدية اليه .(نقض مدنى – الطعن رقم ١٤٢ سنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/١/٢٥ مج ٢٥ سنة ٤٣). وبأنه تقدير قيام المانع المادة أو الادبى من الحصول على دليل كتابى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع متى كان قد بين فى حكمه الظروف التى اعتبرها مانعه وكان هذا الاعتبار معقولا ومتى انته الحكم صحيحا الى قيان مانع مادى حال دون الحصول على دليل كتابى على انقضاء الدين فإن اثبات هذا الانقضاء بالبينة والقرائن يكون جائزا قانونا "(نقض مدنى – الطعن رقم ٢٠٨ سنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/١/٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص٥٥). وبأنه " تقدير المانع من الحصول على سند كتابى وان كان من الامور الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع الا أنه يتعين عليه أن يؤسس قضاءه فى ذلك على أسباب سائغة لحمله "(نقض مدنى – الطعن رقم ٤٥٦ سنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ص٣٥). وبأنه " لئن كان قيام المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ، الا أنه يتعين عليه فى حالة رفضه هذا الطلب أن يتضمن حكمه الاسباب المسوغة لذلك . فإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض طلب أحد العاقدين اثبات صورية العقد بالبينة لقيام مانع أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى على هذه الصورية – على أنه لا يمكن القول بقيام المانع الأدبى طالما أن العقد بين الطرفين قد ثبت بالكتابة فإن هذا من الحكم يكون أخطأ فى القانون ولا يسوغ رفض طلب الاثبات بالبينة ذلك أن وجود عقد مكتوب لا يمنع من قيام المانع الأدبى الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى إذا توافرت شروطه ، ومتى تحقق هذا المانع لدى العاقد الذى يطعن على العقد بالصورية فإنه يجوز اثبات هذه الصورية بالبينة والقرائن عملا بالمادتين ٤٠٣،٤٠٧ من القانون المدنى .(نقض مدنى – الطعن رقم ٤٥١ سنة ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص١٥١٧).

وبأنه" تقدير المانع الادبى من الحصول على دليل كتابى بالحق المتنازع فيه من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على اسباب سائغة (نقض مدنى – الطعن رقم ٤٢٣ سنة ٤٢٣ سنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ مجموعة المكتب الفنى ١٣ ص٤٥٥).وبأنه " تقدير وجود المانع الأدبى من الحصول على الكتابة أو انعدامه هو مما يستقل به قاضى الموضوع دون معقب عليه "(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٢ سنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٥/٥ مج ٢٥ سنة ص٤٤). كتابى على انقضاء الدين فإن اثبات هذا الانقضاء بالبية والقرائن يكون جائزا قانونا . وبأنه " أنه وان كان تقدير قيام المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الامور التى يستقل بها قاضى الموضوع الا أنه يتعين عليه فى حالة رفض هذا الطلب أن يضمن الحكم الأسباب المسوغة لذلك ، ولما كان ما يقرره الحكم المطعون فيه من انتقاء قيام المانع الادبى فى حالة وجود سند كتابى يتمثل فى كشوف الحساب التى وقع عليها الطاعن باستلام نصيب زوجته فى الريع هو خطأ فى القانون لان وجود محرر مكتوب لا يمنع من قيام المانع الادبى الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى إذا توافرت شروطه وكان التوكيل الصادر من الطاعن الى زوجته لتحصيل نصيبها فى الريع وتوقيعه على كشوف الحساب التى تسلم بموجبها هذا النصيب ممن تولى ادارة العقار ليس من شأنه أن ينفى قيام المانع الأدبى فى علاقة الطاعن مع زوجته ومتى تحقق هذا المانع الأدبى فى علاقة الطاعن مع زوجته ، ومتى تحقق هذا المانع لدى الطاعن فإنه يجوز له اثبات الوفاء بالبينة والقرائن عملا بالفقرة أ من المادة ٦٣ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ولما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا النظر الخاطئ من أعمال سلطتها فى تقدير الظروف التى ساقها الطاعن لتبرير قيام المانع الأدبى الذى تمسك به وعن الادلاء برايها – فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة له من الحصول على الدليل الكتابى اللازم لاثبات الوفاء الذى ادعاه أو غير مانعة ، فإن حكمها المطعون فيه يكون معيبا بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب "(نقض مدنى – الطعن رقم ٧٥٩ سنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص٥٣٣). وبأنه " لما كنت الفقة الأولى من المادة ٤٠٣ من القانون المدنى إذا أجازت الاثبات بالبينة فيما كان يجب أثباته بالكتابة عند وجود مانع مادى و أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى لم يضع قيودا لقيام المانع بل جاء نصها عاما مطلقا فإن تقدير قيام المانع ماديا كان أو أدبيا متروك لقاضى الموضوع بحسب ما يتبينه من ظروف كل حالة وملابساتها ومن ثم فإن تقدير المانع بجميع ظروفه ومنها القرابة او النسب او غيرها من الصلات لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان مستخلصا من أمور مؤدية اليها "(نقض مدنى – الطعن رقم ٥٤٢ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ص١٤).

وبأنه ان تقدير قيام المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى بالحق المتنازع فيه هو من المسائل التى تملك محكمة الموضوع تقديرها فإذا اجازت المحكمة الاثبات بالبينة لوجود علاقة القربى بين طرفى الخصومة ولظروف الدعوى ، وكانت القرابة قائمة حقيقة فإنها تكون قد بينت بما فيه الكتابة ما أسست عليه قضاءها فى ذلك " (نقض مدنى الطعن رقم ١١٦ سنة ١٣ق جلسة ٤٤/٦/١ مج ٢٥سنة ص٤٢). وبأنه " ان تقدير قيام المانع الأدبى من الحصول على الدليل الكتابى هو مما يدخل فى نطاق الواقع التى يفصل فيها القاضى الموضوع بلا معقب عليه .(نقض مدنى – الطعن رقم ١٤١ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١/٦ مج ٢٥ سنة ٤٣). وبأنه " تقدير قيام المانع من الحصول على دليل كتابى يستقل به قاضى الموضوع وجوب قيام هذا التقدير على أسباب سائغة .(الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٢/٢٥ ، نقض جلسة ١٩٧٠/١/٨ س٢١ ص٣٥، نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١ س٢٧ ص١٨٠١ ، نقض جلسة ١٩٦٩/٥/٦ س٢٠ ص٧٣٢). وبأنه تقدير المنع من الحصول على سند كتابى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – من الأمور الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ، إلا أنه يتعين عليه أن يؤسس قضاءه على اسباب سائغة تكفى لحمله ، وإذا كان يتعين من مدونات الحكم التمهيدى المطعون فيه أن المحكمة اجازت للمطعون ضده الأول إثبات صورية عقدا لشركة التضامن بكافة طرق الإثبات استنادا إلى قيام مانع أدبى إلا أنها لم تبين ظروف الحال التى اعتمدت فى تبرير عدم الحصول على دليل كتابى مما يجعل حكمها مشوبا بالقصور المبطل "(نقض ١٩٨٠/١٢/٢٩ ، الطعن رقم ٩١٩ لسنة ٨٠ق ، نقض ١٩٨١/١١/٢٥ ، الطعن رقم ١٨ لسنة ٤٨ق).

<u>وجوب تمسك الخصم بقيام المانع أدبى :</u>

لئن كان يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع أدبى إلا أنه لا يحل لمحكمة الموضوع ان تقرر من تلقاء نفسها قيامه وتقضى بالاحالة إلى التحقيق لإثبات ما لا يجوز إثباته بالكتابة بل يجب على من يدعى وجود هذا المانع ان يتمسك به ثم يكون للمحكمة بعد ذلك أن تقدر دفاعه وتجيز الإثبات بالبينة أولا تجيزه .(طعن رقم٩٨٠ لستنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع بتعذر حصوله على دليل كتابى بسبب قرابة يدعيها ، فلا يقبل منه الطعن فى حكمها بأنه أخطأ إذ لم يعتبر هذه القرابة مانعة من الحصول على الدليل الكتابى .(نقض مدنى الطعن رقم ٣٩ سنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/١/٣ مج ٢٥). وبأنه " متى كان الطاعنون لم يتمسكوا لدى محكمة الموضوع بوجود مانع أدبى يبرر الاثبات بغير الكتابة فلا يجوز لهم أن يثيروا هذا الدفاع الجديد لأول مرة أمام محكمة النقض "(نقض مدنى – الطعن رقم ٣١٤ سنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٤/٩ مج ٢٥ سنة ص٤٣).

وبأنه التحدى بقيام المانع الادبى لتبرير عدم الحصول على الدليل الكتابى فى الأحوال التى يوجبه القانون لاثبات العقد من المسائل الواقعية التى يجب التمسك بها أمام محكمة الموضوع ومن ثم فلا يجوز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض .(نقض مدنى – الطعن رقم ٦٥٤ سنة ٢٥ق جلسة ١٩٦١/١١/١٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٢ ص٦٨٠)

مجرد قيام المانع الأدبى لا يوجب على المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق فقد قضت محكمة النقض بأن : قيام المانع الادبى لا يوجب على المحكمة احالة الدعوى الى التحقيق ، وحسبها ما تقرره فى هذا الخصوص – بأسباب سائغة – لتبرير رفض الاحالة الى التحقيق(نقض مدنى الطعن رقم ٥٨٧ سنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ ص٢٧١) وبأنه " قيام المانع الادبى لا يوجب على المحكمة احالة الدعوى على التحقيق لاثبات ما يدعيه المتمسك بهذا المانع بل يجيز لها ذلك ومن ثم فإنه لا تثريب عليها أن هى رفضت الاحالة على التحقيق ، متى كان قد بأن لها من ظروف النزاع عدم الجد فى هذا الادعاء "(نقض مدنى – الطعن رقم ٦٠ سنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٥/٥٥ مج ٢٥ سنة ص١٤٠). وبأنه" قيام المانع الادبى لا يوجب على المحكمة احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات ما يدعيه المتمسك بهذا المانع .(نقض مدنى – الطعن رقم ٢٣٦ سنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٥/٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ص٧٣٢). وبأنه" لئن كان يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، إذا وجد مانع أدبى إلا أنه لا يحل لمحكمة الموضوع أن تقرر من تلقاء نفسها بقيامه وتقضى بالإحالة إلى التحقيق لإثبات ما لايجوز إثباته بالكتابة ، بل يجب على من يدعى وجود هذا المانع التمسك به ثم يكون للمحكمة بعد ذلك ان تقدر دفاعه وتجيز له الإثبات أو لا تجيزه .(الطعن رقم ٩٨٠ سنة ٤٧ق – جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ س٤٢ ص٦٥٧).

وينتفى المانع الأدبى إذا كان هناك خصومة بين الأطراف مسبقا ، وقد قضت محكمة النقض بأن : تقدير قيام أو انتفاء المانع الأدبى – يعد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة من الأمور الواقعية التى تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رفض إحالة الدعوى إلى التحقيق لانتفاء المانع الأدبى تأسيسا على أن الخصومة كانت محتدمة بين الطرفين ، مما كان يوجب اتخاذ الحذر من كل منهما تجاه الآخر ، وكانت هذه الأسباب سائغة ، وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإن النعى بهذا السبب يكون فى غير محله .(الطعن رقم ٢٤٩٩ سنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٥/٧ س٣٧ ص٥٢٣).

ومما سبق يتضح أن المانع الأدبي ذو أثر نسبى تخضع كل حالة للظروف التى انعقدت فيها وقد قضت محكمة النقض بأن : المانع الأدبي نسبى . يرجع للظروف التى انعقد فيها . تقرير قيامه . استقلال محكمة الموضوع به .(نقض ١٩٩٤/١/١٩ ، الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٦١ق).

ولئن كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ،إلا أنه يتعين عليه فى حالة رفضه هذا الطلب أن يضمن حكمه الأسباب المسوغة لذلك فقد قضت محكمة النقض بأن : دعوى صحة التعاقد – ماهيتها – عدم جواز إجبار البائع فى العقود التبادلية على تنفيذ التزامه متى دفع الدعوى بعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بدفع الثمن . النص فى عقد البيع على وفاء المشترين بالثمن . تمسك الطاعنة بعدم تمامه وأن مانعا أدبيا بينها وبين المشترى حال دون حصولها على ورقة ضد . وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق إغفال الحكم بحث هذا الدفاع . خطأ وقصور .(نقض ١٩٩٣/٤/١٣ ، الطعن رقم ٥٣٥ لسنة ٥٩ق). وبأنه " فإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض طلب أحد العاقدين إثبات صورية العقد بالبينة لقيام أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي على هذه الصورية " على أنه لا يمكن القول بقيام المانع الأدبي طالما أن العقد بين الطرفين قد ثبت بالكتابة " فإن هذا من الحكم يكون خطأ فى القانون ولا يسوغ رفض طلب الإثبات بالبينة ، ذلك بأن وجود عقد مكتوب لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذى يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا توافرت شرطه ، ومتى تحقق هذا المانع لدى العاقد الذى يطعن على العقد بالصورية فإنه يجوز له إثبات هذه الصورية بالبينة والقرائن عملا بالمادتين ٤٠٣ ،٤٠٧ من القانون المدنى "(نقض ١٩٦٨/١٢/١٢ سنة ١٩ ص١٥١٧). وبأنه " إنه وأن كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون ، هذا الدليل هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع إلا أنه يتعين عليه فى حالة رفض هذا الطلب أن يضمن حكمه الأسباب المسوغة لذلك . ولما كان ما قرره الحكم المطعون فيه من انتفاء قيام المانع الأدبي فى حالة وجود سند كتابي يتمثل فى كشوف الحساب التى وقع عليها الطاعن باستلام نصيب زوجته فى الريع هو خطأ فى القانون لأن وجود محرر مكتوب لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذى يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا توافرت شروطه ، وكان التوكيل الصادر إلى الطاعن من زوجته لتحصيل نصيبها فى الريع وتوقيعه على كشوف الحساب التى تسلم بموجبها هذا النصيب ممن يتولى إدارة العقار ليس من شأنه أن ينفى قيام المانع الأدبي فى علاقة الطاعن مع زوجته ، ومتى تحقق هذا المانع لدى الطاعن فإنه يجوز له إثبات الوفاء بالبينة والقرائن عملا بالمادة ١/٦٣ من قانون الإثبات.

وكانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا النظر الخاطئ عن إعمال سلطتها فى تقدير الظروف التى ساقها الطاعن لتبرير قيام المانع الأدبى الذى تمسك به وعن الإدلاء برايها فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة من الحصول على الدليل الكتابى اللازم لإثبات الوفاء الذى ادعاه أو غير مانعة ، فإن حكمها المطعون فيه يكون معيبا بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب .(نقض ٧٦/٣/٢ سنة ٢٧ص٥٣٣).

<u>فقــد السنــد الكتــابى :</u>

نصت المادة ٦٣/ب على أنه يجوز ايضا الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة " إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب اجنبى لا يد له فيه "

والملاحظ أن هذا النص يفترض أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابى قد روعيت ، بيد أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل ، ولكن يشترط فى هذه الحالة أن يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب لا يد للمدعى فيه ، ومؤدى هذا أن يكون الفقد قد نشأ من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة ، وترد علة هذا الشرط إلى الرغبة فى استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل (كاعدام الورقة مثلا) لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود ، وذلك لا يكون للمدعى أن يتمسك بأى سبب يرجع إلى فعله ولو كان هذا الفعل مجرد اهمال أو تراخ .

وغنى عن البيان أن نطاق تطبيق هذا الاستثناء أوجب من نطاق سابقه ، لان الدليل الكتابى سبق ان وجد ، وليست المسألة مسألة امتناع تحصيل هذا الدليل بالبينة على وجود سند وصية أو عقد شكلى فقد من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة .

أما فيما يتعلق بالدليل على الفقد فيقع عبء اقامته على المدعى مبدئيا ، فمن واجبه فضلا عن إثبات الحادث الجبرى أو القوة القاهرة ، ان يقيم الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط الصحة التى يتطلب القانون توافرها فيه ، إن كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية ، فإذا تم ذلك للمدعى كان له ان يثبت ما يدعى بالبينة .

والمقصود بالدائن فى هذا النص ليس من يداين غيره فحسب ، بل كان من يدعى أمرا على خصمه كان ثابتا بسند مكتوب وضاع منه بسبب أجنبى ، سواء كان ذلك الأمر نشوء التزام أو انقضاءه أو تعديله ، فينطبق حكم هذا النص على المدين إذا ادعى انه تخالص مع دائنه وفقد منه سند التخالص بسبب أجنبى ، أو إذا ادعى انه اتفق مع الدائن كتابة على تأجيل الدين أو تعديله أو انتقاله وأن السند المثبت لهذا الاتفاق ضاع منه بسبب أجنبى ، وعلى كل حالة يكون فيها المدعى قد راعى حكم القانون المتعلق بوجوب الإثبات بالكتابة ، فحصل ممن تعاقد معه على دليل كتابى مثبت للتعاقد ، ثم فقد هذا الدليل لا بتقصير من جانبه بل يسبب أجنبى عنه ، بحيث يلتمس له العذر فى فقد السند .(دكتور سليمان مرقص).

ويلاحظ أن هذا الاستثناء أوسع من الاستثناء السابق إذ هو يجيز شهادة الشهود فى اثبات ما يجاوز قيمته عشرين جنيها وفى اثبات الحالات الخاصة التى يوجب القانون الكتابة فى اثباتها ايا كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة ، إلا أنه يزيد على الاستثناء السابق فى أنه يجيز شهادة الشهود فى اثبات التصرفات الشكلية التى تعتبر الكتابة ركنا فيها ، إذ المفروض أن الشكلية قد استوفيت عند انشاء التصرف ثم فقد المدعى سنده بعد ذلك .

ويلزم لقيام هذا الاستثناء شرطان هما : سبق وجود السند الكتابى ، وفقد السند بسبب أجنبى .

<u>سبــق وجــود سنــد كتــابى :</u>

يجب على من يدعى ان لديه سند له اثرا قانونيا معينا ، سواء كان المدعى دائنا أو مدنيا أو غير ذلك وياء كان ذلك الأثر القانونى نشوء حق أو انقضاء حق أو انتقاله أن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلا وأنه كان دليلا كتابيا كاملا مستوفيا جميع الشروط القانونية فلا يكفى ان يثبت وجود ورقة مكتوبة بخط المدعى عليه دون توقيعه ، ولو كانت هذه الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأن المادة ٦٣ إثبات إنما وضعت الحماية من احترام قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ثم أصبح بعد ذلك عاجزا عن تقديم الدليل الكتابى لسبب خارج عن اردته ، أما من قصر فى الحصول على دليل كتابى مع تمكنه من ذلك ، فلا يقبل منه الاعتذار بضياع ورقة لم تعد لان تكون دليلا كتابيا على الأمر المدعى ، وإذا كان التصرف المراد إثباته تصرفا شكليا مهبة أو رهن تأمينى وجوب على من يدعى وجود السد ثم ضياعه أن يثبت استيفاء ذلك السند الشكل المطلوب قانونا لأن انعقاد مثل هذا التصرف معقود باستيفاء الشكل ، ولا عبرة بالسند إذا كان التصرف لم ينعقد .(دكتور سلميان مرقص).

<u>فقــد السنــد بسبب أجنبى :</u>

يجب – بالإضافة الى إثبات سبق وجود الدليل الكتابى – أن يثبت المدعى أن فقد هذا السند كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . والسبب الأجنبي الذى أدي الى ضياع السند قد يكون ناشئا عن قوة قاهرة كحريق أو فيضان ، وقد يكون ناشئا عن فعل الغير ، كما لو سلم المدعى السند الى محاميه أو الى المحكمة فى قضية سابقة ففقد من المحامى أو من المحكمة ..... كما قد يكون فقد السند راجعا إلى فعل المدعى عليه ، كما لو اختلسه أو انتزعه من المدعى بالقوة أو بالحيلة . ولكن ليس للمدعى ان يتمسك بهذا الاستثناء إذا كان فقد السند يرجع الى فعله هو ، حتى لو كان هذا الفعل مجرد خطأ أو إهمال ، كما إذا تركه فى محل معرض للسرقة ، أو فى حراسة خادم صغير ، أو أهمل فى المحافظة عليه ،إذا فى مثل هذه الحالات لا يجوز للمدعى ان يثبت ادعاءه بشهادة الشهود ، لن خطأه يستبعد فكرة الحادث القهرى .

وعلى المدعى أن يثبت الحادث الذى أدى الى فقد السند ، ويكون ذلك بإثبات واقعتين هما الحادث الذى أدى الى الفقد ، وواقعة الفقد . وهو يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن ، لان محل الإثبات هنا وقائع مادية .

ويشترط فيما يعتبر حادثا جبريا أو قوة قاهرة أو سببا أجنبيا بوجه عام أن يكون غير ممكن توقيعه ولا تلاقى ما نشأ عنه من تضييع السند ، ويكون عبء إثبات توافر هذا الشرط على عاتق من يدعى ضياع السند بسبب أجنبي ، فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان معنى ذلك أن المدعى مسئول عن ضياع السند ، ومن بابا أولى يكون مسئولا إذا ثبت وقوع إهمال منه أدى إلى وقوع السبب الأجنبي الذى أهلك السند ولو كان ذلك السبب قوة قاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه ، إذا كان المدعى قد ادعى أن السند قد سرق منه فى ظروف يصح فى القانون عدها حادثا قهريا ، فإنه يجب على المحكمة أن تبحث هذه الدعوى من جهة كونها من الحوادث القهرية التى تخول الإثبات بالبينة ، وأن ترفض تمسك الدائن بأى سبب لفقد السند يرجع إلى فعله ولو كان مجرد إهمال أو تراخ ، وقضت محكمة استئناف مصر بأن السرقة تعتبر من الحوادث القهرية التى يجوز معها الإثبات بالبينة إذا لم تكن السرقة حاصلة بإهمال صاحب السند ، فإن حصلت بإهمال فإنه فلا يقبل منه الإثبات بالبينة كما لو تركه فى محل معرض للسرقة.(انظر دكتور عبد الودود يحيى وسليمان مرقص).

وقد قضت محكمة النقض بأن : وفقا لنص المادة ٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥لسنة ١٩٦٨يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه ، مما مقتضاه أن من يدعى انه حصل على سند مكتوب ثم فقده بسبب أجنبى يجوز له أن يثبت ذلك بكافة طريق الإثبات لأنه إنما يثبت واقعة مادية . فإذا ما أثبت سبق وجود السند كان لمن فقده أن يثبت الحق الذى يدعيه بشهادة الشهود .(الطعن رقم ١٢١٢ سنة ٥١ق جلسة ٢٧ /١٩٨٥/٣ س٣٦ ص٥١٦). وبأنه " الدليل الكتابى ، فقده لسبب أجنبى لا يد للخصوم فيه . أثره . جواز الإثبات بالبينة . م٦٣إثبات .(الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٣/٤/١ ، الطعن رقم ٢١٤٨ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠ الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/١١/١٢ ، الطعن رقم ١٧٩٨ ، لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٦/٥/١٦). وبأنه" جواز الإثبات فيما كان يجب إثباته الكتابة فى حالة فقد الخصم سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيها . شرطه . أن يكون الفقد نتيجة حادث جبرى أو قوة قاهرة .(الطعن رقم ٩٤٨ لسة ٥٧ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ ، نقض جلسة ١٩٦١/٥/١٨ س١٢ ص٤٨٥ ، نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٧ س٣٠ ص٤٠ ، نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢٨ ص١٤٤٤). وبأنه " العلاقة الإيجارية الخاضعة لأحكام القانون المدنى . جواز إثباتها بشهادة الشهود متى فقد السند الكتابى بسبب أجنبى . م ٦٣ من قانون الإثبات .(الطعن رقم ٣٤٣٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥).

وبأنه" إذا قدم شخص ضمن مستنداته مستندا صادرا من آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الارض وانه وقد أصبح هذا البيع نهائيا فإن للورقة الضد التى ضاعت منه تعتبر لاغية ولا يعمل بها إذا ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الاخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الاحوال فإنها لا تكون قد خالفت القانون إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذى قدمه تسليمه بسبق وجود ورقة الضد وبضياعها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذى هو محل الدعوى "(نقض مدنى – الطعن رقم ٧٤ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/٥ مج ٢٥ سنة ص٤٧) وبأنه " إذا كان المدعى يقول أن الدين رفع به الدعوى ثابت بسند ضاع فى حادث سرقة فإن هذا الدين يكون بمقتضى المادة ٢١٨ من القانون المدنى جائزا اثباته بالبينة والقرائن مادام الحادث لم يكن راجعا الى اهمال من جانبه ، واذن فإذا كانت المحكمة قد اقتنعت من التحقيقات الحاصلة عن الحادث . وعلى الاخص مما أدلى به المدعى عليه نفسه فيها ، ان السند كان موجودا وسرق ، وأن ذمة المدعى عليه مازالت مشغولة بالدين فذلك من شأنها وحدها . ولا يصح ان ينعى عليها أنها لم تأخذ فيما انتهت إليه بدليل بعينه إذ الاثبات فى هذه الحالة يجوز بجميع الطرق " (نقض مدنى – الطعن رقم ٣ سنة ١٢ق جلسة ١٩٤٢/٦/١٨ مج ٢٥ سنة ص٤٢). وبأنه " متى كان الواقع فى الدعوى هو ان المدين قد احتال على الامين لى السند المثبت لحق الدائن بحجة تقديمه لاحدى الجهات الحكومية ورده الا انه لم يرده وادعى فقده ، فإن ضياع السند على هذه الصورة لسبب اجنبى لادخل للدائن فيه يجيز الاثبات بغير الكتابة وفقا للمادة ٤٠٣ من القانون المدنى الجديد المقابلة للمادة ٢١٨ من القانون القديم .(نقض مدنى – الطعن رقم ٤٥٠ سنة ٢١جلسة ١٩٥٥/٤/١٤ مج ٢٥سنة ص٤٢). وبأنه " إذا رفضت المحمة طلب الاحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتابى ضاع بسبب قهرى مقيمة قضاءها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أردته من أسباب مبررة لوجهة نظرها ، فلا مخالفة فى ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدنى "(نقض مدنى – الطعن رقم ١٦٤ سنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/٣/٢٤ مج ٢٥ سنة ص١٤٠). وبأنه " اجازت المادة ٢/٤٠٣ مدنى الاثبات بالبينة فيما كان يجب اثباته بالكتابة إذا فقد الدائن السند الكتابى لسبب لا يد له فيه ولا يرجع الى فعل الدائن أو اهماله ، كأ، يكون فقد السند نتيجة لا همال محامى الدائن أو موظفى مكتبه فى المحافظة عليه واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد احال الدعوى الى التحقيق لاثبات فقد اسند المبرئ لذمة المطعون عليه استنادا الى أن هذا السند كان موجودا وسلمه الى محاميه ليقدمه فى الدعوى التى أقامها الطاعن وفقد باهمال موظفى مكتب المحامى فإنه لا يكون قد خالف القانون "(نقض مدنى – الطعن رقم ٩٦ سنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/٥/١٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٢ص٤٨٥).

وبأنه" وكالة المحامى وإن كانت تستلزم منه المحافظة على ما يعهد به إليه موكله من مستندات إلا أن اهماله فى المحافظة عليها لا يمكن أن تنصرف آثارة إلى الموكل لأنه الفقد فى هذه الصورة لم يكن من فعل الموكل أو نتيجة اهماله ومن ثم يتحقق به السبب الاجنبى الذى لا يد للدائن فيه فى حكم المادة ٢/٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨). (طعن ٨٩٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٠). وبأنه " تنص المادة ١/٤٠٠ من القانون المذكور قبل الغائها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " كما تنص المادة ٤٠٣ من القانون المذكور على انه يجوز أيضا الإثبات بالبينة فيما يجب إثباته بالكتابة (أ).... (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه مما مفاده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون أن هذا الاستثناء يفترض أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابى قد روعيت ، بيد أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل ويشترط فى هذه الحالة ان يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب لا يد للمدعى فيه ومؤدى هذا أن الفقد قد نشأ من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة وترد علة هذا الشرط إلأى الرغبة فى استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل (كاعدام الورقة لقطع السبيل على التواطئ مع الشهود) وبذلك لا يكون للمدعى أن يتمسك بأى سبب يرجع إلى فعله – ولو كان هذا الفعل مجرد اهمال أو تراخ . (نقض ١٩٧٦/٦/٢٨ طعن ٥٠٢ لسنة ٤٢ق).

<u>الاحتيال على القانون وكيفية إثباته :</u>

الملاحظ أن المشرع لم ينص على جواز إثبات الأحتيال على القانون بشهادة الشهود والقرائن إلا أن الفقه والقضاء قد أجمع على وجوب إثبات الأحتيال على القانون بشهادة الشهود والقرائن .

والسبب فى ذلك ان الكتابة تجب فى اثبات التصرفات التى تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه ، وفى إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ومن ثم إذا كان المراد اثباته امرا يخالف القانون ، فإن شهادة الشهود تجوز فى اثباته ، حتى ولو كان التصرف القانونى من التصرفات التى يجب أصلا اثباتها بالكتابة ، ومن أمثلة الاحتيال على القانون ان يذكر فى عقد القرض ان سبب الدين هو القرض فى حين ان السبب الحقيقى هو علاقة غير مشروعة بين الطرفين ، أو أن يخفض الثمن الحقيقى فى عقد البيع لتخفيض رسم التسجيل مثل هذه الاتفاقات تتضمن غشا ، او تحايلا على القانون ، يجوز لمن يتمسك به أن يثبته بكل طرق الاثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن .

ويلاحظ ان جواز الاثبات بشهادة الشهود فى هذه الحالات ، لا يعتبر استثناء من القواعد الخاصة بوجوب الكتابة ، فالاحتيال على القانون ليس الا واقعة مادية يجوز اثباتها بكل طرق .(انظر عبد الودود يحيى).

والاحتيال على القانون ليس الا تواطؤا ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام واخفاء هذه المخالفة تحت ستار مشروع ، فقد وضح من ذلك أن من الطبيعى أن يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية ، فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقى الذى وقع الاتفاق عليه ، يستره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر الذى يقع الطعن فيه ، والجديد هنا أن الطاعن فى التصرف الظاهر – أى التصرف الصورى – ليس هو الغير ، وإلا كان من حقه أن يثبت الصورية بجميع الطرق دون حاجة إلى التذرع بالاحتيال على القانون ، ولكن الطاعن هو التعاقد نفسه ويريد أن يثبت صورية العقد المكتوب بالبينة بالقرائن ، وكان الأصل الا يستطيع إثبات ما يخالف الكتاب إلا بالكتابة ، لولا أنه يتذرع بأن هناك احتيالا على القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن : اتفق شخصان لغرض ما على انشاء عقد بيع صورى يبقى تحت يد من صوراه مشتريا مقابل تسليمه زميله ورقة كاشفة عن الصورية ، فغش اولهما الثانى بأن سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وانما كتبه شخص آخر باتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد ان وقع الثانى على عقد البيع امام الموظف الرسمى . ثم طعن البائع بصورية العقد بالغش فى ورقة الضد ، فحكمت المحكمة بجواز اثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بابطال البيع . طعن المشترى فى الحكم بأن الواقعة التى اعتبرتها المحكمة غشا واعتمدت عليها ، وهل تسليم ورقة الضد ، قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينفى قولها بأن التوقيع على هذا العقد كان تحت تأثير الغش ، كما أن المحكمة خالفت القانون إذ أجازت الاثبات بالبينة ضده على اساس أن ورقة الضد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مع أنها لم تصدر منه . ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبينته من أن الامر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ بالكتابة ، بل كان الاثبات مما يجوز اثباته بالبينة وغيرها وهى وقع فعلا اعتبرت ما وقع من طرفى الخصومة عملية واحدة متصلة وقائعها بعضها ببعض وأن الغش قد لا بسها من مبدئها الى نهايتها مما لا عبرة معه بالوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد .(نقض مدنى لطعن رقم ٣١ سنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/١١/١٨مج ٢٥ سنة ص٤١) وبأنه " وإذ أسست الطاعنة دفاعها أمام محكمة الموضوع على ما هو ثابت بالأوراق من أن المطعون ضده بعد أن تسلم منها المبلغ الثابت بسند المديونية قام بتمزيق ورقة أوهمها أنها السند المذكور ، وكان هذا منه – فيما لو ثبت – بشكل احتيالا وغشا يجوز إثباته بطريق الإثبات القانونية كافة شاملة البنية ، فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه على أن ما يدعيه الطاعنة وفاء وهو بهذه المثابة تصرف قانونى لا يجوز إثباته إلا بالكتابة لا يواجه دفاع الطاعنة آنف الذكر ولا يصلح ردا عليه رغم أنه دفاع جوهرى من شأنه لو ثبت ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فيكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون قد شابه القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع .(الطعن رقم ٦٤٨ سنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦ س٣٦ص١٢٠٩).

وبأنه أنه لما كان للوارث ان يثبت طعنه فى العقد الذى قصد به الاضرار بحقه فى الارث بأى طرق الاثبات المقبولة قانونا كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد فى العقد من القرائن القائمة فى الدعوى ، ولو ادى ذلك الى اهدار اقرار المتصرف فى العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال انه فى ذمته لمورث المشترين (الطعن رقم ١٥٥ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣ مج ٢٥سنة ص٤١). وبأنه" الاصل فى اقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الاقرارات من الاثبات الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها فى حقيقتها وصية قصد بها ايثار بعض الورثة فليس معنى هذا ان مجرد طعنهم فيها يكفى لاهدار حجية هذه الاقرارات ، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الاثبات .(الطعن رقم ٣٤ سنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١/١٨ مج ٢٥ سنة ص٣٣). وبأنه " للبائع طبقا لصريح نص المادة ٣٣٩ من القانون المدنى القديم أن يثبت بالبينة والقرائن وغيرها من طرق الاثبات أن عقد البيع وان كان بحسب نصوصه الظاهرة يتضمن بيعا باتا الا أنه فى حقيقته يخفى رهنا – وادعاء البائع بقاء العين المبيعة تحت يده برغم هذا البيع البات يشمل فى ذاته قرينة على قصد اخفاء الرهن يتعين معها على المحكمة ان تقول فيها كلمتها .

فإذا كان الحكم قد التفت عن تقدير طلب التحقيق الذى تقدم به ورثة البائع للتدليل على أن عقد البيع فى حقيقة الأمر يستر رهنا ولاثبات بقاء العين المبيعة تحت ايديهم ويد مورثهم من قبل فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه . واستناد الحكم الى ان ورقة الضد التى قدمتها الورثة لا تقوم دليلا على صورية العقد هو استناد قاصر عن مواجهة طلب التحقيق لأنه اسقاط هذه الورقة من أدلة الورقة لا يستتبع اسقاط كل ما استند إليه من حجج أخرى لاثبات دعواهم بالتحقيق المطلوب ويكون الحكم قد انطوى أيضا على قصور معيب .(الطعن رقم ٢٠٨سنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٣/٢١ السنة الثامنة ص٢٥٩). وبأنه " الاصل فى اقرارات المورث أنها تعتب صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها . وإذا كان القانون قد أغنى من يضار من الورثة بهذه الاقرارات من الدليل الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها فى حقيقتها وصية وأنه قصد بها الاحتيال على أحكام الميراث فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها لا يكفى لاهدار حجية هذه الاقرارات ، فإن عجزوا بقيت لهذه الاقرارات حجيتها عليهم – فإذا كان الحكم قد نفى قيام القرينة الواردة فى المادة ٩١٧ مدنى وسجل على الورثة الطاعنين اخفاقهم فى اثبات طعنهم فى التصرفات بأنها تخفى وصايا ، فإنه لا تثريب عليه إذا هو استدل بعد ذلك فيما استدل به عند تكييف هذه العقود بما تضمنه من تقريرات "(الطعن رقم ٤٥٩ ، ٤٧١ سنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص٥٧٩).

وبأنه للمتعاقد ان يثبت بكافة الطرق – ومنها البينة والقرائن – ان العقد لم يكن بيعا باتا وانما هو – على خلاف نصوصه – يخفى رهنا. (الطعن رقم ٢٠٤ سنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص١٧٧٠).وبأنه" يعتبر الوارث فى الاصل قائما مقام المورثفى صدد حجية التصرف الصادر منه فيتقدم فى اثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابى الذى يقيد سلفه ، إلا أنه إذا طعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية وقصد به الاحتيال على قواعد الارث اضرارا بحقه فيه فإن اثبات هذا الاحتيال بأى طريق من طرق الاثبات وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يكون جائزا لخ جوازه لسلفه ولو ادى ذلك التى اهدار اقرارهما بصحة البيع فى العقد "(الطعن رقم ١٢٥ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص١٩٣٦). وبأنه" ان المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٣إذ أجازت اثبات ان الشرط الوقائى المعقود به اخفاء رهن عقارى بكافة الاثبات دون التفات الى نصوص العقد فإن ذلك منها لم يكن الا تطبيقا للقواعد العامة التى تجيز اثبات الغش بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن وعلى ذلك فإن تلك المادة لا تتضمن اى استثناء تنفرد به عن سائر العقود المنطوية على الغش من حيث طرق الاثبات "(الطعن رقم ٢٨٥ سنة٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ص١٤٤). وبأنه " لا عتبر الوارث قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحاليل على مخالفة أحكام الارث بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف واثبات صحة طعنه بكافة طرق الاثبات لأنه فى هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وانما من القانون مباشرة . ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الاثبات وذلك ان هذه النصوص لا يجوز محاجة الوارث بها إذ ما طعن على العقد بأنه فى حقيقته وصية الا إذا فشل فى اثبات صحة هذا الطعن . فإذا كان ما يريد الوارث اثباته بالبينة هو ان هذه النصوص وان كانت فى ظاهرها تدل على تنجيز التصرف الا أنها لا تعبر عن الحقيقة وأنه انما قصد بها الاحتيال على احكام الميراث بستر الوصية فإن اعتماد الحكم المطعون فيه فى رفض طلبه الاثبات بالبينة على صراحة هذه النصوص مصادرة للمطلوب كما أن استكمال العقد الساتر للوصية لجميع أركانه وعناصرها كعقد بيع لا يجعله صحيحا لأنه فى هذه الحالة بخفى احتيالا على القانون ومن ثم فإن استناد الحكم المطعون فيه فى رفض طلبي الاحالة الى التحقيق الى استكمال عقد البيع المطعون فيه اركانه وعناصره القانونية يكون خطأ فى القانون .(الطعن رقم ١٤٩ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص١٣٦٠). وبأنه " إذا كان المطعون عليهم قد تمسكوا بصورية الأجرة المبينة بعقود الايجار المبرمة بينهم وبين الطاعنين صورية تدليسية مبناها الغش والتحايل على القانون للتوصل الى اقتضاء أجرة أكثر من الأجرة القانونية . فإنه يجوز اثبات هذه الصورية بين المتعاقدين بطرق الاثبات كافة بما فيها البينة والقرائن " (نقض مدنى الطعن رقم ١١٢ سنة ٨٣ق جلسة ١٩٧٤/١/٣١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ ص٢٦١).

وبأنه الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من موثه الى وارث آخر اضرارا بحقه فى الميراث فيجوز له اثبات خلاف العقد بكل طرق الإثبات .(الطعن رقم ٨٠ سنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٥/١٦ مج ٢٥ سنة ٤١). وبأنه " الوارث خلف لمورثه – لا يستطيع أن يسلك فى الاثبات سبيلا ما كان لمورثه ان يسلكه ولا يغير من هذا أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث من شأنه أن يقلل نصيب الوارث فى التركة إذ أن هذا الأقل لا يعتبر اقرار يحق للوارث يصبح معه الوارث من الغير بالنسبة الى التصرف الصادر من المورث . فحق للوارث فى التركة لا ينشأ إلا بوفاة مورثه – وعلى ذلك بالحكم الذى يقرر بأنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الاثبات فى مواجهة المرتهن صورية عقد الرهن – بحجة أن الصورية لا تثبت بين العاقدين الا بالكتابة – لا يكون مخطئا فى تطبيق القانون . (الطعن رقم ١٦٤ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٣/٢٤ مج ٢٥ سنة ٣٦). وبأنه " وان كان صحيحا ان القرينة التى نصت عليها المادة ٩١٧ من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى القانون المدنى لا تقوم الا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته الا أن خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضى الموضوع ، إذا تمسك الورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذين الشرطين رغم عدم النص عليهما فى العقد ، من استعمال سلطتها فى التحقيق من توافرهما على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه لان للوارث ان يثبت بطريق الاثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الارث"(الطعن رقم ٢٩٤ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص٨٠١). وبأنه" لما كان للوارث الحق فى أن يثبت بكافة طرق الأثبات القانونية ان عقود البيع الصادرة من مورثه تخفى وصايا ، ولم يكن فيما قرره الحكم المطعون فيه ما يدل على صح ما يدعيه الطاعنون من أنه لم يعتبر التصرف المنجز فى ظاهره والسائر فى حقيقته لوصيه تحايلا على أحكام الميراث بل أنه قد أجاز لهم أن يثبتوا بكافة طرق الاثبات طعنهم فى العقود على الرغم من صراحة نصوصها فى الدلالة على أنها عقود بيع منجزة ، وإذ صح لدى المحكمة اخفاق الطاعنين فى اثبات طعنهم فى هذه التصرفات فقد اعتبرت هذه العقود منجزة فى حقيقتها وخالصة من التحايل على أحكام الارث. ومن ثم فإن النعى على الحكم بخطئه فى ادراك معنى التحليل على احكام الارث يكون على غير أساس "(الطعن رقم ٤٥٩،٤٧١ سنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص٥٨٣). وبأنه " أنه وفقا للمادة ٣٣٩ من القانون المدنى يجوز للبائع ان يثبت بأى طريق من طرق الاثبات ان العقد وان كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا فإنه فى حقيقة الأمر رهنا حيازيا . (الطعن رقم ٥٠ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥ سنة ص٤١)

وبأنه" الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورية بيع منجز ان حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الارث المقررة شرعا اضرارا بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من طرق الاثبات القانونية فلا على المحكمة فيما تقضى به من احالة الدعوى الى التحقيق لتمكين الوارث من اثبات حقيقة الواقع بشهادة الشهود .(الطعن رقم ١٦٨ سنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٥/١١ مج ٢٥ سنة ص٤١).
وبأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه أو يؤدى الى المساس بحق الارث فى كون الانسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالارث او يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام او يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ويباح اثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق .(نقض مدنى – الطعن رقم ٥٨ سنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ص١٣٩٤). وبأنه متى طعن الوارث على العقد بأنه يستر وصية كان له اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر اضرارا بحقه فى الارث فيكون تحايلا على القانون .(الطعن رقم ٢٨٥ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ص ١٤٤). وبأنه حق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بأنه فى حقيقته وصية لا بيع وانه قد قصد به التحاليل على أحكام الارث المقررة شرعا حق خاص به ومصدرة القانون وليس حقا يتلقاه عن مورثه وان كان هذا الحق لا ينشأ الا بعد وفاة المورث ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه إذ يعد الوارث فى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة والماسة بحقه فى الارث .(الطعن رقم ٤١٤ سنة ٢٦ق جلسة ٦٢/٦/٢١ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٣ ص٨٢٤). وبأنه" الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، أو يؤدى إلى المساس بحق الارث فى كون الانسان وارث أم غير وارث وكونه يستقل بالارث أو يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا لا تلحقه الاجازة ويتاح اثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق"(الطعن رقم ١٢٥ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص١٧٣٦) وبأنه" ان المادة ٣٣٩ من القانون المدنى تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن ان العقد لم يكن بيعا باتا وانما هو على خلاف نصوصه يستر رهنا حيازيا "(نقض مدنى الطعن رقم ٧٠ سنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/٣/٤ مج ٢٥ سنة ص٤١). وبأنه " احتواء العقد على نصوص دالة على تنجيزه لا يمنع الوارث من الطعن عليه بأنه يخفى وصية وله أن يثبت طعنه هذا بطريق الاثبات كافة ذلك أن الوارث لا يعتبر قائما مقام المورث فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق القسمة والتحايل على مخالفة أحكام الارث

بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف بأنه فى حقيقته مضاف الى ما بعد الموت واثبات صحة طعنه بكافة الطرق ولا يقف صراحة نصوص العقد الدالة على تنجيزه حائلا دون هذا الاثبات .(نقض مدنى – الطعن رقم ٣٣٧ سنة ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص١٧٣٠). وبـأنه" الاصل فى اقرارات المورث انها صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيمول الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الاثبات وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الاقرارات من الدليل الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فيا بأنها فى حقيقتها وصية وأنه قصد بها الاحتيال على أحكام الارث ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لاهدار حجية هذه الاقرارات بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الاثبات فإن هم عجزوا بقيت لهذه الاقرارات حجيتها عليهم .(الطعن رقم ٤٠٩ سنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٦ ص٨٠٨). وبأنه" جرى قضاء هذه المحكمة على ان الوارث حكمة المورث ، فلا يجوز له اثبات صورية سند بأنه ينطوى على الايضاء أو أنه صدر فى مرض موت مورثه (الطعن رقم ٧ سنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤ مج ٢٥ سنة ص٣٦). وبأنه" الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء رهن وراء البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تعد تحايلا على القانون ، بما يترتب عليه بطلان البيع ، وللمتعاقد ان يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أ، العقد لم يكن بيعا وانما هو على خلاف نصوصه يخفى رهنا .(الطعن رقم ٣٩٧ سنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٢ ص٥٧١). وبأنه" إذا كان البيع الصادر من المورث لأحد الورثة يمس وارث آخر فى التركة وقصد به الاحتيال على احكام الارث كان لهذا الوارث أن يطعن فى التصرف وان يثبت بكافة طرق الاثبات ان البيع فى حقيقته يسفر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت فهو وصية لا تتقيد فى حقه متى كان هو لم يجزها .(الطعن رقم ١١ سنة ٢١ق جلسة ١٩٥٢/٢/٢٦ مج ٢٥ سنة ص٤١). وبأنه" تقديم تاريخ العقد لاخفاء صدوره أثناء عته البائع تحايلا على القانون يجوز اثباته فيما بين المتعاقدين ودونهما بالبينة والقرائن – تمسك ورثة البائع ذلك – وطلبهم احالة الدعوى الى التحقيق للإثبات – اغفال الحكم الرد على هذا الدفاع الجوهرى يعد قصورا .(الطعن رقم ٤٥٦ سنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٢ص ٧٩٢). وبأنه " لا يقدح فى سلامة الحكم أن أجاز اثبات الصورية بين المتعاقدين بغير الكتابة ، مادام ان اخفاء الرهن وراء بيع وفاء هو غش وتحايل على القانون للتوصل للاستيلاء على تلك الاطيان بغير اتخاذ الاجراءات التنفيذية وبثمن بخس والصورية التى يكون هذا هو الغرض منها جائزا اثباتها بين المتعاقدين بطرق الاثبات كافة بما فيها البينة والقرائن "(الطعن رقم ١٢ سنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥ مج ٢٥سنة ص٤٢).

وبأنه" الطعن من الوارث فى عقد البيع الصادر من المورث بأنه فى حقيقته وصية وأنه لم يدفع فيه ثمن خلافا لما يعد طعنا منه بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ومن حقه كوارث أن يثبت هذا الدفاع بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة لان التصرف يكون فى هذه الحالة قد حدث اضرارا بحقه فى الارث الذى تتعلق احكامه بالنظام العام فيكون تحايلا على القانون .(الطعن رقم ٥٥٠ سنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢ مجموعة المكتب الفنى السنة٢٠ ص٢٣).

الفصل السادس : أهلية أداء الشهادة

... تنص المادة (٦٤) من قانون الإثبات على أنه :

" لا يكون أهلا للشهادة من لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة على أنه يجوز ان تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال ".

العبرة بين الشاهد وقت الأدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التى يشهد بها ويكون الشاهد أهلا للشهادة متى بلغ سنة خمسة عشر عاما . ويجوز للقاضى أن يسمع شهادة الشاهد الذى لم يبلغ سنه خمسة عشر عاما وقت أداء الشهادة دون حلف يمين وذلك على سبيل الاستدلال . وإذا حلف هذا الصغير الذى لم يبلغ السن لا يترتب على ذلك البطلان طالما أن المحكمة لا تعتمد فى حكمها على هذه الشهادة وحدها وتعتبرها على سبيل الاستدلال فقط .

وقد قضت محكمة النقض بأن: العبرة بسن الشهاد وقت الإداء لا وقت حصول الواقعة التى يشهد بها . (نقض مدنى جلسة ١٩٦٧/٣/٩ الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٣ق). وبأنه " العبرة بالشهادة التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة يعد حلف اليمين ولا قيمة لما يقدمه الشهود من اقرارات مكتوبة لأحد طرفى الخصومة .(نقض مدنى جلسة ١٩٧٢/٣/٢١ الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ق).

والحكمة التى يواجها المشرع من بلوغ الشاهد هو أن فى الشهادة نوعا من الولاية والصبى لا ولاية به على النفس حتى يصح أن تكون له ولاية على الغير بشهادة (دكتور أحمد الشافعى) ، وقد قضت محكمة النقض بأن : لئن كان البلوغ من الشروط العامة فى الشاهد الا انه شرط للاداء وليس شرطا للتحمل لما للشهادة من معنى الولاية على المشهود عليه إذ بها يلزم الحق ويحكم عليه به ولا ولاية للصبى على نفسه فلا ولاية له من باب أولى على غيره وبعبارة أخرى فإن البوغ شرط عند الادلاء بالشهادة فحسب وليس بشرط عند حدوث الواقعة المشهود عليها لانه يكفى لأمكان علم الشاهد بالحادثة وفهمها وقت حصولها وتحمله الشهادة عنها أن يكون عاقلا ولو كان صبيل وأهليته التحمل انما تكون بالوقت الذى يتثمل فى حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الادلاء وهو يثبت للصبى المميز كما يثبت للبالغ .(نقض مدنى جلسة ١٩٧٦/١/٧ الطعن رقم ٦ لسنة ٤٤ق .

وإذا لم يكن سن الشاهد ثابت بورقة رسمية كشهادة الميلاد أو حتى شهادة التطعيم فيجوز للقاضى أن يقدر سن الشاهد بحسب ما يراه من مظهره حيث أن تقدير هذا السن مسألة موضوعية .وقد قضت محكمة النقض بأن : يجوز للقاضى أن يقدر سن الشاهد على ما يثبت له من الأوراق الرسمية التى تقدم له أو يبديه له أهل الفن أو ما يراه بنفسه (نقض جنائى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة الخمس والعشرين سنة الجنائية ص١٠٠٥ رقم ٧).

وإذا قدر القاضى سن الشاهد بخمسة عشر سنة أو أكثر ثم تبين بعد ذلك بأن سن الشاهد أقل من خمسة عشر سنة دون إعتراض من الخصوم أثناء سير الدعوى فلا يجوز للخصوم أن يدفعوا بعدم قبول شهادة هذا الشاهد لأول مرة أمام محكمة النقض .(إنظر ذات المعنى نقض جنائى ١٢ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر الجنائية جزء ٧ رقم ١٠٧ ص٩٤).

الفصل السابع : لا يجوز شهادة الشهود على أفراد معينين بقوة القانون

تنص المادة (٦٥) من قانون الإثبات على أنه :

الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى عملهم فى أثناء قيامهما به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ، ولم تأذن السلطة المختصة فى إذعتها ، ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم ".

ويقصد بالموظف العام هو الموظف الذى يعمل بالدولة وكذا موظفى الهيئات التابعة لها الجامعات ومجالس البلدية ووزارة الأوقاف وموظفو المؤسسات العامة وشركات القطاعن العام وكذا موظفى الدولة الذين يدرون أملاكها الخاصة وموظفو المصالح الحكومية التى تقوم بأعمال تشبه الأعمال التى يقوم بها الأفراد والشركات كأعمال التليفون والسكك الحديدية والتلغراف .....إلخ.

والمقصود بعبارة المكلفين بخدمة عامة الأشخاص المنوط بهم أداء عمل يشكل خدمة عامة دون أن تكون لهم مرتبات يتقاضونها على ذلك من الدولة ، أو من إحدى الهيئات سالفة الذكر ، كالخبير فيما يتعلق بالمهمة المنتدب لها والقسيس لتوثيق عقد الخطبة وعقد الزواج ، غير أن النص لا يسرى على العاملين فى شركات القطاعن الخاص لان الحكمة من منعهم من الشهادة منتفية ، ويمتنع على الموظفين المذكورين أن يدلوا بشهادة عما يكون قد وصل إلى علمهم من معلومات تتعلق بأعمال وظائفهم فى أثناء قيامهم بهذه الوظائف مادام أن هذه المعلومات لم تنشر بالطريق القانونى ، كما يمتنع عليهم ذلك أيضا بعد تركهم وظائفهم.

وتطبيقا لهذا النص لا يجوز للموظف العام أو المكلف لخدمة عامة الإدلاء بشهادته عما يصل إليه من معلومات أثناء قيامه بوظيفته سواء كان بالخدمة أو بعد خروجه منها إلا إذا أذنت جهة العمل له بالشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم وفى هذه الحالة يجب أن يدلى بجميع المعلومات المتعلقة بموضوع التحقيق وإذا أمتنع أو تخلف عن الحضور يجوز للمحكمة أن توقع عليه الجزاء المقرر لمن يمتنع عن الشهادة.

وإذا قضت جهة العمل من تأدية الموظف للشهادة بالرغم من طلب المحكمة له بأداء الشهادة فيجب أن يكون رفضها مبنيا على اساس المصلحة العامة وإلا يعد رفضها مشوبا بعيب الأدارى وعموما فالنص لا يترتب أى بطلان عن تخلف إذن جهة العمل

وتكون شهادة الموظف باطلة لا يجوز التعديل عليها والأخذ بها إذا خالف نص هذه المادة والبطلان هنا متعلق بالنظام العام وإذا بنى الحكم على هذه الشهادة يعد حكما باطلا يجوز الطعن عليه ويجوز الدفع بالبطلان ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلق البطلان هنا بالنظام العام .

وتنص المادة (٦٦) من قانون الإثبات على أنه :

لا يجوز لمن علم المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة .

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم " .

وعلى ذلك فإن المنع من الشهادة والكتمان مقصود به حماية صاحب السر فله أن يتجاوز عن هذه الحماية وأن يأذن بالافشاء ويترتب على ذلك أنه إذا تعدد من أسروا بالواقعة فإنه يتعين أن تتم موافقتهم جميعا على الافشاء فلا يكفى أن يطلب الشهادة واحد فيهم فقط .

إذا أدلى الممنوع من الشهادة بشهادته أما المحكمة دون إذن من أسرها إليه وكانت شهادته قد تناولت وقائع تعتبر سرا لم يعلمه الا بنفسه فإنه يتعين على المحكمة بناء على طلب الشأن من الخصوم استبعادها وعدم ترتب أى أثر قانونى عليها والا كان حكمها باطلا .(إنظر العشماوى ، والدناصورى وعكاز)

وقد قضت محكمة النقض بأن :أن النص فى المادة ٦٦ من قانون الاثبات على انه " لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد إنتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة .. ومع ذلك يجب على الاشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها اليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم " وفى المادة ٦٥من قانون المحاماة ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه " على المحامى أن يتمنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب ذلك من أبلغها اليه الا إذا كان ذكرها لع بقصد ارتكاب جناية أو جنحة وفى المادة ٧٩ من القانون ذاته على أن " على المحامى أن يحتفظ بما يفضى به اليه موكله من معلومات مالم يطلب منه ابداؤها للدفاع عن مصالحه

وفى المادة ٨٢ من قانون الاثبات على أنه لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر كل ذلك يدل على أن المشرع أطلق حق الخصم المكلف بالاثبات فى اختيار شهوده ما لم يكن الشاهد غير قادر على التمييز مكتفيا بأن يكون للمحكمة السلطة التامة فى تقدير قيمة كل شهادة ولا يغير من هذا النظر أن يكون المشرع قد منع الشهود من أداء الشهادة ان كان فى ذلك إخلالا بواجب ألزمهم القانون مراعاته أو زعزعة لرابطة يحرص القانون على بقائها أو أجاز للمستشهد بهم بالامتناع عن أداء الشهادة ان كان فى ذلك اخلالا بواجب ألزمهم القانون مراعاته أو زعزعة لرابطة يحرص القانون على بقائها أو أجاز للمستشهد بهم الإمتناع عن أداء الشهادة للاعتبارات نفسها فذلك كله يدور فى إطار حماية اطراف هذه العلاقات دون غيرهم لما كان ذلك وكان الثابت بمحضر جلسة التحقيق أمام محكمة الاستئناف بتاريخ ١٩٨٧/٤/٥ أن الطاعنين تمسكوا بسماع شهادة الاستاذ الحاضر بالجلسة والذى أبدى استعداده لأدائها واعترض المطعون ضدهم لأن المستشهد به كان محامى مورثه الطاعنين وأقيمت الدعوى من مكتبه فرفضت المحكمة الاستماع الى شهادته ولم يرد الحكم المطعون فيه فى أسبابه ما يبرر هذا القرار فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه القصور فى التسبيب والاخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه .(الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٦).

وقد نصت المادة ٦٥ من قانون المحاماة على أنه " على المحامى أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغ بها إليه إلا إذا كان ذكرها له بقصد إرتكاب جناية أو جنحة "

ومفاد ذلك أنه يجب على المحامى أن يدلى بشهادته عن الوقائع إلى سمعها أورآها إذا طلب منه ذلك بناء على طلب من أسرها إليه وفى المقابل يمتنع أن يفشى بغير رضاء موكله أى سر او معلومه إبلغت للمحامى سبب مهنته.

وإذا أدلى المحامى بشهادته دون موافقة موكله أو اعتراضه على هذه الشهادة أثناء سير الدعوى فليس له بعد ذلك أن يتمسك ببطلان هذه الشهادة أمام محكمة النقض لأن البطلان هنا ليس متعلقا بالنظام العام بل متعلقا لمصلحة من تقرر المنع لصالحه.

وقد قضت محكمة النقض بأن : النص فى المادة ٦٥ من قانون المحاماة على أنه يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغ بها إليه إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة " هو ما يتفق وما نصت عليه المادة ٦٦ من قانون الاثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ومفادها أنه يجب على المحامى الشهادة بالوقائع التى رآها أو سمعها متى طلب منه ذلك ممن أسرها إليه وإنما يمتنع عليه أن يفشى بغير رضاء موكله ما عساه يكون قد أبلغه به بسبب مهنته . ومتى كان ذلك

وكان الثابت من محضر جلسة المحاكمة ومدونات الحكم المطعون فيه أن كلا المحاميين الذين شهدا بما وقع عليه بصرهما واتصل بسمعهما بشأن واقعة تتصل بالدعوى بناء على طلب المطعون ضدها (المتهمة) ودون اعتراض من المدعية بالحق المدنى (الطاعنة) على ذلك كما زعمت بوجه النعى على الحكم فإن شهادتهما تكون بمنأى عن البطلان ويصح استناد الحكم إلى هذه الأقوال .

وتنص المادة (٦٧) من قانون الإثبات على أنه :

" لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه اثناء الزوجية ولو بعد انفصالها إلا فى حالة رفع الدعوى من أحدهما على الآخر ، أو إقامة دعوى على احدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر ".

والمحكمة من هذا النص هو الحفاظ على ما بين الزوجين من مودة ورحمة أو ما كان بينهما من ذلك وحماية من المشرع لأسرار الزوجية على أنه متى قام بين الزوجين من أسباب الخلف ما يقطع هذه المودة فإنه لا يبقى مبرر لمثل هذه الحماية لذلك أجاز القانون لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الأخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية فى حالة اقامة دعوى على أحدهما بسب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر ، مقتضى الجواز هنا أن للزوج أن يمتنع عن الشهادة بهذه الوقائع رغم قيام هاتين الحالتين ولم ير الشارع محلا لقياس الخطبة على الزوجية ولا عطاء الشاهد حق الامتناع عن الشهادة لكونه قريبا أو صهرا للخصم لأن مثل هذا الالتجاء إذا كان يرفع الحرج عن الشاهد فعلى حساب الحق والعدالة تأبى أن يباح للشاهد أن يكتم الحقيقة إذا تعلق الامر بخطية أو قربة أو صهر .(إنظر العشماوى ، المرجع السابق).

ومحكمة التشريع توجب القول بأن رفع الدعوى من أحد الزوجين على الآخر يحل الزوج المدعى عليه فقط من واجب الكتمان دون الزوج المدعى. (مرقص) .

وعند مخالفة ذلك النص تكون الشهادة باطلة إذ لا يصح أن تعتبر دليلا قانونيا بما أن القانون منع هذه الشهادة ويترتب على ذلك أنه إذا أقيم الحكم على مثل تلك الشهادة يكون باطلا بما أنه أقيم على أمر ممنوع قانونا ولا يصح اعتباره دليلا قانونيا

ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان عن تلقاء نفسها فى حالة وقوع المخالفة لأن هذا الجزاء لا تتعلق بالنظام العام ويجب أن يتمسك به من تقرر المنع لصالحه . وقد قضت محكمة النقض بأن : وأن مؤدى نص المادة ٦٧ من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه يمنع أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما عساه يكون أبلغه اليه أثناء قيام الزوجية ولو بعد انفصالها الا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو اقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر

وإذا كان الثابت مما أورده الحكم المطعون فيه أنه ما شهد به زوج الطاعنة الأولى لم يبلغ اليه من زوجته بل شهدبما وقع عليه بصره واتصل بسمعه فإن شهادته تكون بمنأى عن البطلان ويصح فى القانون استناد الحكم إلى اقواله لما كان ذلك وكان ما يثيره الطاعنان من وجود صلة قرابة تربط الشاهد الثانى بوكيل المطعون عليها هو جدل موضوعى يتعلق بتقدير الأدلة غير جائز أما محكمة النقض ومن ثم فإن هذا النعى يكون فى غير محله .(الطعن رقم ٢١٢لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٨). وبأنه" مؤدى نص المادة ٢٨٦ من قانون الاجراءات الجنائية أن الشاهد لا تمنع عليه الشهادة بالوقائع التى رآها أو سمعها ولو كان من يشهد صده قريبا أو زوجا له وإنما أعفى عن أداء الشهادة إذا أراد ذلك – أما نص المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات " القديم والمقابل لنص المادة ٦٧ من قانون الاثبات الحالى " فإنه يمنع أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما عساه يكون أبلغه به أثناء قيام الزوجية ولو بعد انقضائها إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر وإذ كان الثابت مما أورده الحكم أن ما شهدت به زوجة الطاعن لم يبلغ اليها من زوجها بل شهدت بما وقع عليه بصرها واتصل بسمعها فإن شهادتها تكون بمنأى عن البطلان ويصح فى القانون استناد الحكم الى قولها .(طعن جنائى رقم ١٩٧٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦١/٣/٧).

البــاب الثــاني : طـــرق إثبات ونفى الشهادة

الفصل الأول : يجب على طالب الشهادة أن يبين الوقائع التي يرغب إثباتها

تنص المادة (٦٨) من قانون الإثبات على أنه :

على الخصم الذى يطلب الإثبات بشهادة الشهد أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها كتابة او شفاهة فى الجلسة " .

لكل من طرفى الخصوم أن يطلب إجراء التحقيق فيطلبه المدعى ليثبت مزاعمه والمدعى عليه ليثبت دفاعه . ويحصل الطلب بإبدائه كتابة أو شفاهة بالجلسة ، وقد اشترط النص أن يبين طالب الإثبات بالشهود وقائع الدعوى التى يريد إثباتها وذلك لتتضح غير المتنازع فيها ، والوقائع التى لا يجوز إثباتها بالبينة والوقائع التى قد تكفى ظروف الدعوى الأخرى فى إثباتها دون حاجة لإجراء تحقيق والوقائع التى لا يثمر إثباتها فى الدعوى والوقائع غير المتعلقة بالدعوى .(نشأت المرجع السابق).

ولا يكفى أن يطلب التحقيق بعبارات عامة مبهمة وذلك ليتسنى للمحكمة تحديد هذه الوقائع وتقدير اهميتها ومبلغ تأثيرها فى وجه الفصل فى الخصومة ويكون طلب الاثبات بشهادة الشهود فى اية حالة كانت عليها الدعوى ويجوز طلبه امام محكمة ثانى درجة إذا لم يسبق تحقيق الوقائع المرا اثباتها أمام محكمة أول درجة أو كان من المصلحة استيفاء تحقيق سبق اجراؤه وذلك لان طلب الاثبات بشهادة الشهود من الوسائل الجديدة فيجوز تقديمها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .(العشماوى).

وقد قضت محكمة النقض بأن : وإنه وإن كان طلب التحقيق بشهادة الشهود جائز تقديمه فى أية حالة تكون عليها الدعوى باعتباره من وسائل الدفاع التى يجوز ابداؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، الا أنه متى كانت محكمة أول درجة قد امرت باجرائه واحضر الخصم المكلف بالإثبات شهوده وتقاعس خصمه عن احضار شهود النفى ، فإنه لا على محكمة الاستئناف إذا لم تستجب إلى طلبه احالة الدعوى إلى التحقيق من جديد . طالما أن محكمة أول درجة قد مكنته من نفى الوقائع المراد إثباتها بالبينة ، لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة إذ احالت الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها وقائع الاضرار المدعاة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود ، وصرحت للطاعن بنفيها بذات الطرق ولكنه تخلف عن حضور اجراءات التحقيق وبالتالى لم يستشهد احدا ، فإنه لا تثريب على محكمة الاستئناف إذا ما التفتت عن طلبه اجراء التحقيق من جديد ، ويكون النعى على الحكم بالاخلال بحق الدفاع لعدم استجابة المحكمة لهذا الطلب على غير أساس .(نقض ١٩٧٩/٤/٢٥مج س٣٠ع٢ ص١٩٦).

وبأنه لما كان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات ونفى واقعة التأجير من الباطن ، فإن الفرصة كانت متاحة للطاعنة لتنفى هذه الواقعة ولتثبت أن وضع يدها على عين النزاع يستند إلى سبب قانونى ، وقد تأجلت جلسة التحقيق بناء على طلب وكيلها إلا أنه لم يحضر الجلسة التالية ولم يستشهد بأحد ، فقررت المحكمة إعادة الدعوى إلى المرافعة بعد سماع شاهدى المطعون ضده الأول ، ومن ثم لا تثريب على محكمة الاستئناف إذا ما رفضت طلب إجراء التحقيق من جديد ويكون النعى على الحكم بالقصور على غير أساس"(نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ طعن رقم ١٩٢٢ لسنة ٥٢ق). وبأنه" إذا كان الحكم قد رفض اجابة المستأنف إلى ما طلبه من احالة الدعوى إلى التحقيق قولا بأن الواقعة التى طلب إثباتها لم يحضرها احد من الشهود باقراره فى مذكرته المقدمة بالاستئناف وكان الثابت فى صحيفة الاستئناف وفى المذكرة المقدمة بعد المرافعة إلى محكمة الاستئناف انه – على خلاف ما زعم الحكم – قد بين الوقائع التى طلب الاحالة على التحقيق لإثباتها بشهادة الشهود الذى حضروها وكلها وقائع لو ثبتت لتغير بها وجه الحكم فى الدعوى ، فإن هذا الحكم يكون قد بنى على تحصيل خاطئ لما هو ثابت بالأوراق ويكون قد عاره بطلان جوهرى "(نقض ١٩٤٨/١/٨ طعن ١١٦ لسنة ١٦ق).وبأنه" إذ تبين من الاطلاع على الأوراق أن الطاعنين قدما أمام محكمة الاستئناف فى فترة حجز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن بيع الفيلا تم بواسطتهما ولإثبات العرف فيما يتعلق بأجرة السمسرة ، ثم أعيدت الدعوى للمرافعة وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه ، ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من أوراق الدعوى ، ويكون ما ورد بها من دفاع مطروحا على المحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه واقتصر على الاحالة إلى اسباب الحكم الابتدائى الذى لم يتعرض للدفاع المذكور بل أنه قدر أن الطاعنين لم يطلبا إثبات دعواهما بأى طريق من طرق الإثبات ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور .(نقض ١٩٧٧/١/٣١ مج س٢٨ ص٢١٨).

يجب التمسك بطلب التحقيق أمام محكمة الموضوع فقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق أو ندب خبير بصفة جازمة ، فإنه لا يقبل منه النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة للقانون ، ولما كان الحق المخول لمحكمة الموضوع فى المادة ١٩٠ من قانون المرافعات السابق فى أن تأمر من تلقاء نفسها بالتحقيق ، متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة هو حق جوازى متروك لرأيها ومطلق تقديرها فإن هى لم تر بها حاجة لإحالة الدعوى إلى التحقيق ، فلا معقب لمحكمة النقض عليها فى ذلك .(نقض ١٩٧٠/١٢/١٧ طعن ٢٨٥ لسنة ٣٦ق مج س٢١ص ١٢٦٣).

تلك محكمة الموضوع التى يعرض عليها طلب الاحالة إلى التحقيق بعد بحث توافر الشروط القانونية فيه أو عدمها سلطة مطلقة فى ان نحكم بإجابته أو برفضه كليا أو جزئيا وليس على المحكمة أن تسبب قضاءها بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق ، ومن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن احالة الدعوى إلى التحقيق ليس حقا للخصوم فى كل حالة ، وإنما هو حق للمحكمة ولها رفض ما يطلبه الخصوم فى شأنه ، إذا رأت انتفاء الداعى إلى التحقيق بسبب وجود أدلة اخرى فى الدعوى تكفى لتكوين اقتناعها ، ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين الرفض ، ويجوز أن يكون رفضها إياه ضمنا متى كان يبين من حكمها انها رأت فى ظروف الدعوى والأدلة القائمة فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها ، أما إذا خلا الحكم مما يصلح ردا ولو ضمنيا على طلب الخصم الاحالة إلى التحقيق لإثبات دفاعه ، فإنه يكون مشوبا بالقصور .(الدكتور سليمان مرقض- المرجع السابق).

وقد قضت محكمة النقض بأن: إجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالبينة وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ليس حقا للخصوم تتحتم اجابتهم إليه فى كل حالة ، بل هو أمر متروك لمحكمة الموضوع ترفض الإجابة إليه متى رأت بما لها من سلطة التقدير أن لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلأى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع التى تكفى لتكوين عقيدتها وبحسبها أن تبين فى حكمها الأسباب التى اعتمدت عليها فى رفض هذا الطلب ، وللمحكمة أن ترفض طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت أنها ليست فى حاجة إليه ، ولقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديما صحيحا وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها وفى استخلاص ما يرى انه واقعة الدعوى.(نقض١٩٦٦/٦/٢٣ مج س١٧ ص٦٦٦). وبأنه" محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة طلب الاحالة إلى التحقيق ما دامت قد وجدت فى الدعوى من الأدلة ما يكفى لتكوين اعتقادها ولا يعيب المحكمة اعتمادها على اقوال شهود سمعوا فى غير مجلس القضاء لان المرجع فى تقدير تلك الأحوال كقرينة قضائيه هو اقتناع قاضى الموضوع على أن المجادلة فى هذا الخصوص تتعلق بتقدير الدليل فى الدعوى مما تستقل به محكمة الموضوع "(نقض ١٩٥٧/٢/٢٨ مج س٨ص١٧٦). وبأنه" لا على المحكمة إذا هى لم تستجب إلى طلب الإحالة على التحقيق إذا ما استبان لها أن إجابة الطلب إليه غير منتجة ، وأن لديها من الاعتبارات ما يكفى للفصل فى الدعوى حتى مع التسليم بصحة الواقعة المطلوب إثباتها .(نقض ٥٦/١٠/٢٥ مجموعة المكتب الفنى سنة ٧ ص٨٤٧).وبأنه" إن عبارة " تأمر بإجراء التحقيق " الواردة بالمادة ٢٥٤ من قانون المرافعات ليس معناها إلزام المحكمة بإجرائه ، بل مقصودها أنها تأمر بالتحقيق إذا رأت موجبا له ، لأن الغرض من هذا الإجراء هو اقتناع المحكمة برأى ترتاح إليه فى حكمها . فإذا كان هذا الاقتناع موجودا بدونه فلا لزوم له "(نقض ١٩٣١/١٢/١٧ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة ، الجزء الأول ص٤٨ قاعدة ١٧٥).

وبأنه تنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون المرافعات على أنه إذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار وعلقت المذكرة الإيضاحية على هذا النص بقولها أنه تضمن الإجراءات الواجب على المحضر اتباعها فى حالة عدم وجود الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه فنص على أن الورقة تسلم إلى من يقرر بأنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته .... فليس على المحضر أن يتحقق من صحة صفة من يتقدم إليه فى موطنه المعلن إليه لتسلم الورقة ، وقد جاء هذا النص تقنينا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المحضر قد انتقل إلى محل إقامة الطاعن وسلم صورة صحيفة الاستئناف إلى من قرر أنه تابعه وخلص من ذلك إلى رفض طلب الإحالة للتحقيق لنفى تبعية المخاطب معه للطاعن لأنه غير منتج ، فإنه يكون قد صادف صحيح القانون "(نقض ١٩٧٧/٢/٩ سنة ٢٨ص٤٠٦). وبأنه" أنه وإن كان طلب التحقيق بشهادة الشهود جائز تقديمه فى أية حالة تكون عليها الدعوى باعتباره من وسائل الدفاع التى يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، إلا أنه متى كانت محكمة أول درجة قد امرت بإجرائه واحضر الخصم المكلف بالإثبات شهوده وتقاعس خصمه عن إحضار شهود النفى ، فإنه لا على محكمة الاستئناف إذا لم تستجب إلى طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق من جديد ، طالما أن محكمة أول درجة قد مكنته من نفى الوقائع المراد إثباتها بالبينة . لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة إذ أحالت الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها وقائع الأضرار المدعاة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود ، وصرحت للطاعن بنفيها بذات الطرق ولكنه تخلف عن حضور إجراءات التحقيق ، وبالتالى لم يستشهد بأحد ، فإنه لا تثريب على محكمة الاستئناف إذا ما التفتت عن طلبه إجراء التحقيق من جديد ، ويكون النعى على الحكم بالاخلال بحق الدفاع لعدم استجابة المحكمة لهذا الطلب على غير أساس "(نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ سنة ٣٠، العدد الثانى ص١٩٦). وبأنه" قضاء محكمة الاستئناف بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات تجارية الدين موضوع النزاع ، تقديم المستأنف بعد إحالة الدعوى للمرافعة حافظة مستندات ومذكرة للتدليل على تجارية الدين ، إغفال المحكمة الرد على هذا الدفاع ، قصور " (نقض ١٩/٨١١١/٩، الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٤٨ق).وبأنه" الحكم القطعى . ماهيته . إحالة المحكمة الدعوى للتحقيق استجلاء للحقيقة لا يعد مانعا من الفصل فى الدعوى على ضوء المستندات المقدمة فيها "(نقض ١٩٨٢/٢/٢٤، الطعن رقم ٨٥٢ لسنة ٤٧ق).وبأنه" لما كان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات ونفى واقعة التأجير من الباطن ، فإن الفرصة كانت متاحة للطاعنة لتنفى هذه الواقعة ، ولتثبت أن وضع يدها على عين النزاع يستند إلى سبب قانونى ، وقد تأجلت جلسة التحقيق بناء على طلب وكيلها إلا أنه لم يحضر الجلسة التالية ولم يستشهد بأحد ، فقررت المحكمة إعادة الدعوى إلى المرافعة بعد سماع شاهدى المطعون ضده الأول

ومن ثم فلا تثريب على محكمة الاستئناف إذا ما رفضت طلب إجراء التحقيق من جديد ، ويكون النعى على الحكم بالقصور على غير أساس .(نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ ، الطعن رقم ١٩٢٢ لسنة ٥٢ق ، نقض١٩٧٠/٤/٧ مجموعة المكتب الفنى سنة ٢١ ص٥٨١).

سلطة المحكمة تقديرية فى تقدير أقوال الشهود فقد قضت محكمة النقض بأن : تقدير أقوال الشهود مما يستقل به قاضى الموضوع . سلطته فى الأخذ بمعنى للشهادة تحتمله عباراتها دون معنى آخر ولو كان محتملا . (نقض ١٩٧١/١٢/٧ سنة ٢٢ ص٩٨٤).وبأنه تقدير أقوال الشهود هو مما تستقل به محكمة الموضوع . ولها أن تأخذ ببعض أقوالهم دون البعض الآخر وبأقوال واحد أو أكثر من الشهود دون غيرهم حسبما يطمئن إليه وجدانها من غير أن تكون ملزمة ببيان أسباب ترجيحها لما أخذت به وإطراحها لغيره ولا معقب عليها فى ذلك "(نقض١٩٦٦/١٢/٢٠ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص١٩٥٥ ، نقض ١٩٦٤/١٢/٣٠ المرجع السابق سنة ١٥ ص١٢٣٠ ، نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ سنة ٨ص٦٠٠ ، نقض ٧٣/٣/٢٧ سنة ٢٤ ص٣٤٢). وبأنه" عدم التزام المحكمة بذكر جميع أقوال الشهوج حسبها الإشارة إلى ما ورد بها بما ينبئ عن مراجعتها . حقها فى إطراح ما لا تطمئن إليه من هذه الأقوال "(نقض ٧٣/١/١١ سنة ٢٤ ص٦٢). وبأنه" يجب على الحكم أن يبين ماهية أقوال الشهود التى اعتمد عليها فى قضائه أو مؤداها وإلا كان قاصر التسبيب .(نقض ١٩٧٠/٦/٣ سنة ٢١ص٩٧٢). وبأنه " وإذ كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أنه جعل لمحكمة الدرجة الأولى أن تنفرد بتقدير أقوال الشهود دون رقابة من محكمة الاستئناف ، فإنه يكون قد خالف الأثر الناقل للاستئناف وحجب نفسه عن مواجهة موضوع النزاع . وتخلى عن تقدير الدليل فيه مما يعيبه بالخطأ والقصور ويستوجب نقضه "(نقض ١٩٧١/١١/٩ سنة ٢٢ص٨٦٥). وبأنه" خطأ المحكمة فى إسناد أقوال لشاهد آخر لا يؤدى لنقض الحكم ، طالما أن هناك أدلة أخرى تكفى لحمله (نقض ١٩٧١/٤/١٥ سنة ٢٢ص ٤٨٨). وبأنه" تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان القاضى إلا أن يخرج بها إلى مالا يؤدى إليه مدلولها " (نقض ٧٣/٣/٢٢ سنة ٢٤ص١٦٣ ، نقض ٧٥/١١/٢٧ سنة ٢٦ ص١٥١٥).وبأنه" تقدير أقوال الشهود . لمحكمة الاستئناف أن تخالف فيها محكمة أول درجة عدم لزوم بيانها أسباب ذلك .((نقض ١٩٧١/٤/٢٢ سنة ٢٢ص ٥٤٠ ، نقض ٧١/١١/١٧ سنة ٢٢ص ٩١٧).

وفى حالة رفض المحكمة طلب التحقيق فيتعين أن تبين سبب الرفض سواء صراحة أو ضمنا فقد قضت محكمة النقض بأن : رفض طلب الإحالة للتحقيق لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود . وجوب بيان المحكمة لسبب الرفض.(نقض ١٩٨١/٥/٢١ ، الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٤٨ق).

وبأنه إذا كان مؤدى نص المادة ٣/١٧٣ من القانون المدنى أن مسئولية متولى الرقابة عن الاعمال غير المشروعة التى تقع ممن تجب عليه رقابتهم هى مسئولية ، مبناها افتراضا قابلا لإثبات العكس ومن ثم يستطيع متولى الرقابة أن ينفى هذا الخطأ عن نفسه بأن يثبت بأنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نبطت به رقابته من الاضرار بالغير وانه بوجه عام لم يسئ تربيته فإن فعل انتفى الخطأ المفترض فى جانبه وارتفعت عنه المسئولية كما يستطيع أيضا أن ينفى مسئوليته بنفى علاقة السببية بإثبات أن الضرر كان محال واقعا ولو قام بما يفرضه عليه القانون من واجب الرقابة بما ينبغى من العناية ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بنفى مسئوليته عن الفعل الضار الذى وقع من ابنه القاصر مؤسسا ذلك على أنه لم يقصر فى واجب الرقابة المفروض عليه بما ينبغى من العناية وانه لم يسئ تربيته ، فضلا عن تمسكه بنفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر الذى احدثه الفعل على اساس أن الفعل الذى سببه الضرر كان مفاجأة من شأنها أن تجعل وقوع الضرر مؤكدا حتى ولو لم يهمل فى واجب الرقابة بما ينبغى من حرص وعناية وطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات دفاعه ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير به – إن صح – وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعن بالرد عليه يكون معيبا بالقصور "(نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ طعن ٤٢٠ لسنة ٤٤ق مج س٢٨ ص١٨١٥). وبأنه " إن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة القضية إلى التحقيق ، وإنما هى ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أنتبين فى حكمها لم رفضته "(نقض ٣٦/٤/١٦ ، المرجع السابق ص٤٨ قاعدة ١٧٩ ، نقض ٦٧/٢/١٦ سنة ١٨ص ٤٠١ نقض ١٩٨٠/٦/٢٥ ، الطعن رقم ١٠١ لسنة ٤٥ق). وبأنه" إذا رفض الحكم طلب الإحالة على التحقيق دون بيان سبب مقبول لذلك فإنه يكون معيبا بالقصور .(نقض ١٩٨٥/٦/١٩ ، مجموعة المكتب الفنى السنة التاسعة ص٦١٧).وبأنه " طلب إجراء التحقيق ليس حقا للخصوم وإنما هو من الرخص التى تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليها متى وجدت فى أوراق الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها دون أن تلتزم ببيان سبب الرفض .(نقض ١٩٨٢/٥/٣٠ ،الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٤٩ق). والملاحظ أن هذا الحكم قد خالف ما استقرت عليه محكمة النقض والتى استقرت كما سبق القول على أنه يجب على المحكمة أن تبين سبب رفضها و إلا كان الحكم قاصرا قصور يبطله).

لا تلتزم محكمة الاستئناف بنتيجة التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة فقد قضت محكمة النقض بأن : عدم التزام محكمة الاستئناف بالأخذ بنتيجة التحقيق الذى أجرته محكمة الدرجة الأولى حسبها تضمين حكمها بيان أسباب عدم أخذها بهذه النتيجة . حقها فى الأخذ بقرينة لم تقدم إلى المحكمة الابتدائية .(نقض ١٩٦٩/٥/١ سنة ٢٠ص٧٠٩).

يجوز للمحكمة أن تعتمد فى حكمها أقوال شهود سمعوا فى غير مجلس القضاء فقد قضت محكمة النقض بأن : محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق مادامت قد وجدت فى الدعوى من ألأدلة ما يكفى لتكوين اعتقادها ولا يعيب المحكمة اعتمادها على أقوال شهود سمعوا فى غير مجلس القضاء لأن المرجع فى تقدير تلك الأحوال كقرينة قضائية هو اقتناع قاضى الموضوع ، على ان المجادلة فى هذا الخصوص تتعلق بتقدير الدليل فى الدعوى مما تستقل به محكمة الموضوع .(نقض ١٩٥٧/٢/٢٨ سنة ٨ص١٧٦).

لا يعد تحقيقا ما يجريه الخبير من سماع الشهود ويمكن اعتباره قرينة فقد قضت محكمة النقض بأن :التحقيق الذى يصح اتخاذه سندا أساسيا للحكم هو الذى يرى وفقا لأحكام التى رسمها القانون لشهادة الشهود فى المادة ٦٨ وما بعدها من قانون الإثبات لا يعد تحقيقا بهذا المعنى ما يجريه الخبير من سماع الشهود ، إذ هو مجرد إجراء ليس الغرض منه إلا أن يستهدى به الخبير فى أداء مهمته ، ومن ثم لا يصح جعل التحقيق الذى يجريه الخبير فى مرتبة التحقيق الذى تجريه المحكمة بنفسها (نقض ١٩٧٣/١١/٢٠ سنة ٢٤ص١١١٤). وبأنه " التحقيق الذى يصلح اتخاذه سندا أساسيا للحكم . شرطه . مادة ٦٨ إثبات ما يجريه الخبير من سماع شهود ليس تحقيقا واعتباره مجرد قرينة مضافة إلى قرائن أخرى تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها محكمة الموضوع فى تكوين عقيدتها .(نقض ١٩٩٤/١/١٢ ، الطعن رقم ٩٦٨ لسنة ٥٩ق).

التحقيق الذى يجرى بمحضر الشرطة أو التحقيقات الإدارية تعد قرينة فقد قضت محكمة النقض بأن : التحقيق الذى يصح اتخاذه سندا أساسيا للحكم . شرطه . سماع الشهود بمحضر الشرطة أو التحقيقات الإدارية أو أمام الخبير . عدم اعتباره تحقيقا بالمعنى المقصود . الاستهداء به كقرينة تعزز أدلة أو قرائن أخرى .(نقض ١٩٩٧/٢/٦ طعن رقم ٨٨٦٢ لسنة ٦٥ق). وبأنه " إقامة الحكم قضاءه على ما قرره أحد الشهود بمحضر الشرطة . مؤداه . جعل هذا التحقيق فى مرتبة التحقيق الذى تجريه المحكمة بنفسها . أثره . إبتناء الحكم على دليل غير قائم فى الواقع وقصور .(طعن رقم ٨٨٦٢ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩/٢/٦)

وتنص المادة (٦٩) من قانون الإثبات على أنه :

الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق " .

وطبقا لهذه المادة إذا أجيز لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود فيكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بالشهادة وحتى ولو لم يصرح منطوق الحكم بذلك .

ومن ثم إذا أذنت المحكمة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بالبينة أو أمرته بإثباتها كان للخصم الآخر فى اثبات عدم صحة هذه الواقعة بالبينة أيضا بغير حاجة الى استئنذان المحكمة فى ذلك ولا الى أذن منها الإذن لأحد طرفى الخصومة فى الإثبات يقتضى الإذن للآخر فى النفى ويسمى التحقيق الذى يقصد به اثبات عدم صحة الواقعة المأذون بإثباتها " تحقيق النفى " ولكن ذلك الحق قاصر على نفى ما يسعى الخصم الى اثباته فلا يشمل اثبات واقعة أخرى يقصد بثبوتها الرد على مزاعمة . فإذا أذن للمدعى مثلا بإثبات دينه بالبينة كان للمدعى عليه أن ينفى الواقعة المزعوم أن الدين نشأ منها ولكن ليس له أن يثبت بموجب هذا الحكم انقضاء الدين بل يجب عليه إذا أرد ذلك أن يستصدر حكما بتحقيق الواقعة التى يزعم انقضاء الدين لها

وإذا تجاهلت محكمة الموضوع الدعوى الفرعية الموجهة فى الدعوى الأصلية أو تناست الدعوى الفرعية فى الحكم التمهيدى فيجب على محكمة الموضوع أن تفتح باب المرافعة ويتضمنها حكمها التمهيدى الدعوى الفرعية وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور يتم على عدم فحصها لأوراق الدعوى أو مستنداتها .

وإذا اذن لاحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود ولم يمكن الخصم الآخر من نفيها بهذا الطريق كانت الاجراءات باطلة – وبعبارة أخرى تقرر المادة ٦٩ قاعدة جوهرية يترتب على مخالفتها الاخلال بحقوق الخصم المقرر تحقيق النفى لصالحه ، فإذا بنى الحكم فى الموضوع على النتيجة المستخلصة من التحقيق ولم تكن المحكمة الخصم الآخر من نفى ما ادعاه خصمه بطريق اثبات النفى اعتبر الحكم مبنيا على اجراءات باطلة – وهذا البطلان لصالح الخصم المقرر تحقيق النفى لصالحه . وبطلان تحقيق الاثبات لا يؤثر فى ذاته فى صحة تحقيق النفى ، والعكس صحيح لان كل اجراء منهما مستقل عن الآخر .

وقد ذهب العشماوى إلى أنه لا يجوز التمسك بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم أمام محكمة ثانى درجة إلا إذا سبق التمسك به أمام محكمة أول درجة . وقد أنتقد دكتور أبو الوفا هذا الرأى لأن العبرة فى هذا الصدد بسقوط حق التمسك بالبطلان أو عدم سقوطه ، فإذا كان الخصم لم يسقط حقه فى التمسك بهذا البطلان أمام محكمة الدرجة الأولى ، كما إذا كان قد تخلف عن الحضور فلم يجب على الإجراء بما يفيد اعتباره صحيحا عملا بالمادة ٢٢ فإنه يملك التمسك بالبطلان لأول مرة فى الاستئناف ، بل أن بناء الحكم الموضوعى على اجراء اثبات باطل يجيز استئنافه على سبيل الاستثناء عملا بالمادة ٢٢١ بشرط ألا يكون قد سقط حق الخصم فى التمسك بالبطلان – أى لم يصح الإجراء – وبشرط ألا تكون محكمة الدرجة الأولى قد قضت بصحته . وهذا الشرط الأخير جوهرى يرجع فى دراسته على وجه التفصيل لكتاب نظرية الأحكام رقم ١٣١).

هذا ويلاحظ ان التمسك ببطلان التحقيق لا يجدى ولا يكون له محل إذا لم يرتكز الحكم الموضوعى على نتيجته .

لا يترتب بطلان لعدم سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الاثبات فيجوز ارجاء سماع شهود النف الى جلسة أخرى إذا حال مانع دون سماعهم . وللمحكمة سلطة تقدير هذا المانع بغير معقب .(نقض ١٩٧٦/٢/٢٥ – ٢٧ – ٥٠٧ (انظر أبو الوفا المرجع السابق) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : أن النص فى المادة ٦٩ من قانون الإثبات على أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة " بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطرق " يعنى أن المشرع إنما أعطى الأخير رخصة اتباع ذات الطريق فى محضر تقريرات شهود الإثبات لتوازن المحكمة بين أقوال الفريقين وترجح بينهما لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن طلب فى دعواه الحكم بثبوت العلاقة الايجارية بينه وبين المطعون ضده الثانى عن الشقة محل النزاع خالية – وليست مفروشة كما ذهب المطعون ضدهما – وقد أتاحت له محكمة الاستئناف اثبات هذه العلاقة بشهادة الشهود وفقا لنص المادة ٢/٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن ثم فإنه لا يكون فى اتاحة الفرصة للمطعون ضدهما لنفى الواقعة بذات الطريق مخالفة للقانون الأمر الذى يضحى معه النعى على الحكم بهذين السببين على غير أساس.(الطعن رقم ٣٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩١/١٢/٢٥). وبأنه " اغفال حكم الإثبات الإذن للخصم ينفى حقه فى طلب سماع شهوده والتحدث بذلك أمام محكمة النقض غير جائز " (نقضى مدنى جلسة ١٩٨١/٤/٢٥ الطعن رقم ٦٧٣ لسنة ٤٦ق). وبأنه" لا بطلان إذا أغفل الحكم الصادر بالاحالة على التحقيق السماع للخصم الآخر فى نفى ما ثبته خصمه كما أن هذا الإغفال لا يسقط حقه فى اعلان شهود النفى وسماعهم ذلك لأنه يستمد حقه فى القانون وفقا للمادة ١٨مرافعات قديم "(نقض مدنى جلسة ١٩٥٠/١١/٢١ الطعن رقم ٣٣ لسنة ١٩ق).

وتنص المادة (٧٠) من قانون الإثبات على أنه :

للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالاثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الاثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة .

كما يكون لها فى جميع الاحوال كلما رأت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوما لسماع شهادته اظهارا للحقيقة ".

ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها بإجراء التحقيق إذا رأته لازما لتكوين إقتناعها بشرط أن تكون الواقعة التى تريد تحقيقها مما يجوز إثباته بالبينة قانونا . (إنظر محمد حامد فهمى المرجع السابق).

وقد قضت محكمة النقض بأن : للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالتحقيق فى الأحوال التى تجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة – فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإحالة الدعوى إلى التحقيق على ما أورده فى أسبابه من أن المطعون عليها ذهبت فى دفاعها أمام محكمة الاستئناف إلى أنها رزقت بالصغير (من الطاعن) ثمرة زواج عرفى سابق لعقد الزواج الرسمى وما هذا العقد الأخير إلا إظهار للعقد العرفى بدليل ما ورد فى وثيقة الزواج الرسمى من أنها . بكر حكما وهذا القول منها محل نظر وانتهت المحكمة من سياق دفاع الطرفين إلى أنها ترى من ظروف الدعوى وملابساتها احالة الدعوى إلى التحقيق لاستظهار وجه الحق فى هذا الدفاع الذى يتصل بواقعة الدعوى ومن شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فيها. (نقض ١٩٦٢/١١/٢١ طعن ٢٥ لسنة ٣٠ق مج س ١٣ ص١٠٤٦). ويجب أن نلاحظ أنه لا يجوز للمحكمة ان تستعمل رخصة إحالة الدعوى إلى التحقيق من تلقاء نفسها إلا إذا كان هناك دليل ناقص فى أوراق الدعوى ذلك لأنه إن كانت الدعوى خالية من أى دليل فإن المحكمة لا تتولى إثبات الدعوى حيث تكون هذه الدعوى خالية من كل دليل .

كذلك لا يجوز للمحكمة الالتجاء إلى الرخصة إذا كانت أوراق الدعوى تنطوى على دليل كامل من الأدلة الملزمة كالكتابة أو ما يقوم مقامها من اقرار أو يمين .

وإذن فمجال استعمال رخصة قيام المحكمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق من تلقاء نفسها تكون حالة ما إذا كان بالدعوى دليل ناقص أو شبه دليل لا تكتفى به المحكمة فترى نظرا لظروف الدعوى الالتجاء إلى التحقيق لتكملة هذا الدليل الناقص أو لدحضه بشهادة الشهود .(المستشار سمير البغال المرجع السابق).

وقد قضت محكمة النقض بأن: حق المحكمة فى إحالة الدعوى للتحقيق من تلقاء نفسها . المادة ٧٠ من قانون الإثبات . جوازى لها متروك لمطلق رأيها وتقديرها . لا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك .(الطعن رقم ٣٠٩٤ سنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/١٢/١٢ الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ ، نقض جلسة ١٩٨٧/١١/٢٩ س٣٨ ص١٠٢٥). وبأنه" المدعى هو المكلف قانونا بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التى تؤيد ما يدعيه فيها ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن لم يقدم دليلا على ما يدعيه من رد الشركة المطعون عليها جهاز "الجراموفون" الذى يطلب رد ثمنه إليه وكان الحق المخول للمحكمة فى المادة ١٩٠ من قانون المرافعات السابق المقابلة للمادة ٧٠ إثبات بأن تأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق للإثبات بالبينة ، هذا الحق جوازى لها متروك لمطلق رأيها وتقديرها لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، فإن النعى على الحكم فيما أنتهى إليه من رفض الدعوى فى هذا الشق منها بمخالفة القانون يكون غير سديد . (نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ١٠ ص٤٩٩ ، نقض ٧٩/١/٢٣ الطعن رقم ٩٣٣ لسنة ٤٥ق).

وبأنه" إذا كانت الطاعنة لم تطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما تدعيه وكان الحق المخول للمحكمة فى المادة ٧٠ من قانون الإثبات من أن لها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق للإثبات بشهادة الشهود متروك لمطلق رأيها وتقديرها لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى الدفاع – بعدم الاختصاص المحلى – استنادا إلى أن الطاعنة لم تقدم دليلا على أنها تقيم فى غير المحل الوارد بصحيفة الدعوى يكون قد التزم صحيح القانون "(نقض ١٩٧٧/١/١٢ سنة ٢٨ص٢٢٢). وبأنه " الحق المخول للمحكمة فى المادة ٧٠ من قانون الإثبات بأن تستدعى الشهادة من ترى لزوما لسماع شهادته كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود هذا الحق جوازى لها متروك لمطلق رأيها وتقديرها تقديرا لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض .(نقض ١٩٧١/١١/١٠ سنة ٢٢ص ٨٩١).

ونص المادة (٧١) من قانون الإثبات على أنه :

يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها والا كان باطلا ويبين كذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه " .

والبطلان المنصوص عليه فى المادة الأولى لا يتصل بالنظام العام وانما يتمسك به كل خصم فى الدعوى على اعتبار ان المقصود من تحديد الوقائع بالدقة والضبط أن ينحصر فيها التحقيق ،أن يعلم كل طرف ما هو مكلف للإثباته أو ما هو مكلف بنفيه .(أبو الوفا)

وقد قضت محكمة النقض بأن: أن المشرع وقد أوجب فى المادة ٧١ من قانون الإثبات أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات كل واقعة من الوقائع المطلوب اثباتها والا كان باطلا . انما هدف من ذلك – وعلى ماجاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القديم بصدد المادة ٩١ المقابلة للمادة سالفة الذكر – الى أن ينحصر التحقيق فيها وليعلم كل طرف بما هو مكلف بإثباته أو نفيه فإذا استخلصت المحكمة من أقوال الشهود الذين سمعتهم دليلا على ثبوت أو نفى واقعة لم يتناولها منطوق حكم التحقيق فإن استخلاصها هذا يكون مخالفا للقانون والبطلان المترتب على هذه المخالفة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة مقرر لمصلحة الخصوم وليس متعلقا بالنظام العام ويشترط للتحدى به أمامها أن يكون قد سبق التمسك به أمام محكمة الاستئناف لما كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد تمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بالبطلان الناشئ عن استخلاص محكمة الدرجة الأولى من اقوال الشهود دليلا على نفى واقعة لم يتناولها حكم التحقيق الصادر بتاريخ ....فلا يجوز له التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ويكون النعى بهذا السبب غير مقبول "(الطعن رقم٣٠ لسنة ٥٧ جلسة ١٩٩٢/٥/١٧).

وبأنه النص فى المادة ٧١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها والا كان باطلا – يدل وعلى ما جاء بالمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الملغى على أن الإثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين تعلق الوقائع المراد اثباتها بالدعوى وكونها منتجة فيها ومقتضى هذا أن تكون تلك الوقائع مبنية بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو بنفيه فإذا استخلصت المحكمة من اقوال الشهود الذين سمعتهم دليى على ثبوت أو نفى لم يتناولها منطوق حكم التحقيق وتمسك الخصم ببطلان هذا الدليل فإن استخلاصها هذا يكون مخالفا للقانون إذ أنها أنتزعت من التحقيق دليلا على خصم لم تمكنه من إثبات عكسه "(نقض مدنى جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٩ق). وبأنه" ان النص فى المادة ٧١ من قانون الإثبات رقم لسنة ١٩٦٨ على أنه يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها والا كان باطلا يدل وعلى ما جاء بالمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بصدد المادة ١٩١ منه المطابقة لها فى الحكم على أ، الإثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين تعلق الوقائع المراد اثباتها بالدعوى وكونها منتجة فيها ومقتضى هذا أن تكون تلك الوقائع مبنية بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو بنفيه فإذا استخلصت المحكمة من اقوال الشهود الذين سمعتهم دليلا على ثبوت أو نفى واقعة لم يتناولها منطوق حكم التحقيق وتمسك الخصم ببطلان هذا الدليل أن استخلاصها هذا يكون مخالفا للقانون إذ أنها انتزعت من التحقيق دليلا على خصم لم تمكنه من إثبات عكسه . إذ كان ذلك وكان البين من منطوق حكم التحقيق الذى أصدرته محكمة الدرجة الأولى بتاريخ ١٩٨١/٦/٢٩ أنه قضى بالإحالة الى التحقيق ليثبت المطعون عليهم صحة توقيع المورث بالبصمة على عقد البيع موضوع النزاع ومن ذلك انتهى الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه الى عدم صحة دفاع الطاعنة بصورية عقد البيع لصدوره فى مرض الموت اعتمادا على هذا التحقيق رغم تمسك الطاعنة بعدم صلاحيته فى هذا الخصوص وطلبت احالة الدعوى الى التحقيق لإثبات دفاعها فيكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة باقى أسباب الطعن "(الطعن رقم ١٢٢٦ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٢/٢٥).وبأنه" أن المشرع وان كان قد أوجب فى المادة ٧١ من قانون الاثبات أن يبين فى منطوق الحكم الأمر بالإثبات كل واقعة من الوقائع المراد إثباتها والا كان باطلا الا أنه هدف من ذلك وعلى ما جلته المذكرة الإيضاحية للمادة ١٩١ من قانون المرافعات القديم المقابلة للمادة المذكورة الى انحصار التحقيق فى تلك الوقائع ليعلم كل طرف بما هو مكلف بإثباته أو نفيه بما لازمه القول أن البطلان المترتب على مخالفة حكم هذا النص

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة مقرر لمصلحة الخصوم وليس متعلقا بالنظام العام وبالتالى فإنه يشترط لاثارته أمام محكمة النقض أن يكون قد سبق التمسك به أمام محكمة الاستئناف ولما كان الطاعن لم يتحدى بأنه أثار أمام محكمة الاستئناف دفعا بالبطلان الناشئ عن تجاوز تحقيق الوقائع المأذون بتحقيقها فى حكم الاثبات ومن ثم ما يثيره بهذا الشق من النعى لا يعدو أن يكون سببا جديدا لا يقبل التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض "(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٤٩جلسة ١٩٨٦/٦/٤). وبأنه" أن من المقرر أن المشرع إذ أوجب فى المادة ٧١ من القانون الاثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٨ " أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المطلوب اثباتها والا كان باطلا " انما استهدف من ذلك أن تكون الوقائع معينة بالدقة لينحصر فيها التحقيق أو ليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته ونفيه فالبطلان المترتب على مخالفة هذه القاعدة غير متعلق بالنظام العام وهو مقرر لمصلحة الخصوم ويشترط للتحدى به أمام هذه المحكمة أن يكون قد سبق التمسك به أمام محكمة الاستئناف لما كان ذلك فلا تثريب على الحكم المطعون فيه أنه اعتمد على اقوال شهودا سمعوا فى تحقيق أجرته محكمة أول درجة وإذ خلت الأوراق مما يفيد تمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف يتجاوز التحقيق الوقائع المطلوب اثباتها وبمخالفة أقوال الشهود التى أخذ بها أقوال آخرين فى دعوى أخرى فلا يجوز له التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٥٣جلسة ١٩٨٩/١٢/٣). وبأنه" ان من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشرع أوجب فى المادة ٧١ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المطلوب اثباتها والا كان باطلا انما استهدف من ذلك أن تكون الوقائع مبينة بالدقة لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته ونفيه فالبطلان المترتب على مخالفة هذه القاعدة غير متعلق بالنظام العام وهو مقرر لمصلحة الخصوم ويتشرط للتحدى به أمام المحكمة أن يكون قد سبق التمسك به أمام محكمة الاستئناف وإذ خلت الأوراق مما يفيد تمسك الطاعن امام محكمة الاستئناف بتجاوز التحقيق والوقائع المطلوب اثباتها فلا يجوز التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض "(الطعن رقم ٨١٩ لسنة ٥٥ جلسة ١٩٩٠/٢/٤).وبأنه" ومن أحكام محكمة النقض وجوب بيان الوقائع المأمور بإثباتها فى منطوق الحكم الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق البطلان الناشئ عن اغفالها لا يتعلق بالنظام العام زوال البطلان بسكوت الخصم وتنفيذه التحقيق المحكوم به الاحتجاج يتمسك خصم آخر بهذا البطلان لا يجدى .

ويجوز أن تكتفى المحكمة بالاشارة الى اثبات الوقائع المذكورة بمحضر الجلسة أو المقدمة كتابة من الخصم الذى يطلب التحقيق فلا يؤدى للبطلان خلو الحكم من هذه الوقائع إذا كانت مبينة بجلاء فى طلب التحقيق أو تناولتها المحكمة فى وقائع الحكم وأسبابه والبطلان الناشئ عن خلو الحكم من بيان الوقائع المراد تحقيقها يزول بالنزول عنه صراحة أو ضمنا إذ لا تعلق له بالنظام العام .(العشماوى).

ومفاد ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من أنه يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أنه يتم فيه والمادة ٧٥ منها أنه لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم أن الميعاد الذى تحدده المحكمة لاجراء التحقيق خلاله تطبيقا لهاتين المادتين لا علاقة له بمواعيد المرافعات باعتبارها الأجال التى يحددها القانون لمباشرة اجراءاتها وإذا وضح حكم الاثبات الذى أصدرته محكمة أول درجة أن اليوم المقرر لبدء التحقيق هو ٣ من يناير ١٩٧٢ فإن هذا اليوم ينبغى احتسابه ضمن الميعاد لأن من الجائز سماع الشهود واجراء التحقيق فيه بالذات وتكون نهاية الشهور الثلاثة المحددة لاجراء التحقيق خلالها هو يوم ٢ من ابريل ١٩٧٢ لا اليوم التالى . (نقض مدنى جلسة ١٩٧٥/١١/١١ الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٣ق).

ولا يعيب الحكم عدم كشفه عن سبب إطمئنانه إلى اقوال شاهد أو إطراحه إذا لأمر يتعلق بوجدان المحكمة ولكنه متى كشف عن هذا السبب وجب أن : يكون سائغا وله مأخذه من الأوراق وخضع فى هذا الشا، لرقابة محكمة النقض وقد قضت محكمة النقض " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه ولئن كان لمحكمة الموضوع أن تأخذ فى قضائها بما ترتاح إليه وتطرح ماعداه باعتبارها صاحبة الحق فى تقدير ما يقدم إلأيها فى الدعوى من أدلة وفى فهم ما يكون فيها من قرائن الا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاص ما تقتنع به سائغا وأن تكون الأسباب التى أوردتها فى صدد هذا الدليل من شأنها أن تؤدى إلى ما أنتهت إليه ، مما مفاده أنه إذا اوردت المحكمة أسبابا لتبرير الدليل الذى أخذت به أو لنفيه فإن هذه الإسباب تخضع لرقابة محمة النقض التى لها أن تقضى بنقض الحكم إذا كان استخلاصه غير سائغ لابتنائه على أدلة أو قرائن ليس منش أنها أن تؤدى إليه عقلا أو كان مبنيا على جملة أدلة مجتمعة بحيث لا يعرف أيها كان أساسا جوهريا له ثمن تبين فساد أحدها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع استبعاده "(١٩٨٠/١٢/٢٧ طعن ١٧٣٢ سنة ٤٩ق) وبأنه" لئن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بأبداء أسباب عدم اطمئنانها لأقوال الشهود إلا أنها إذا أوردت أسبابا لذلك تعين أن تكون هذه الأسباب سائغة "(١٩٨٨/١٢/٢٧ طعن ٥٦٧ سنة ٥٣ق – ويراجع فى المعنى نفسه ١٩٨٦/١١/٢٥ طعن ١٨٢٧ سنة ٥١ق – ١٩٧٩/١/١١ طعن ٦٥٧ سنة ق – م نقض م – ٣٠ العدد الأول – ١٩١) وتطبيقا لذلك قضت بأنه إذا الحكم عند وزنه لأدلة الدعوى قد رجح أقوال شاهدى أحد الطرفين أمام الخبير المعين فى الدعوى على اقوال شهود الطرف الآخر مؤسسا ذلك على ما اسنده خطأ الى خبير عما شاهده عند معاينه محل النزاع ، فإنه يكون مقاما على اساس لا سند له فى أوراق الدعوى ويتعين نقضه " (١٩٥٠/٦/١ طعن ١٢ سنة ١٩ق منشور بالخمسين عاما المجلد الثالث ص٢٥٤٥ بند ١٢٠٢)

وبأنه" القول بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تقدير أقوال الشهود مشروط بأن لا يكون هذا التقدير مبنيا على سبب مخالف للثابت فى أوراق وإذن فمتى كانت المحكمة إذ قضت برد وبطلان العقد المطعون فيه بالتزوير قد صرحت بأن سبب عدم اطمئنانها إلى أقوال شهود المدعى عليها فى دعوى التزوير هو أن هذه الأخيرة قد سكتت عن الرد على ما جرحت به شهادتهم واستنتجت المحكمة من هذا السكوت صحة هذا التجريح ، فإن الحكم يكون مبنيا على سبب لاسند له فى الأوراق مما يبطله ويستوجب نقضه فى هذا الخصوص" (١٩٥٤/٦/٢٤ طعن ٢٢٥ سنة ٢١ قضائية منشور بالخمسين عاما المجلد الأول ص٣٩٨ بند ٩٩٦)

ولا يشترط أن يورد الحكم فى أسبابه نص أقوال الشهود إذ حسبه أن يشير إلى مضمونها بما ينبئ عن مراجعتها وفد قضت محكمة النقض بأن : تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها وسلطة – الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها مما يستقل به قاضى الموضوع طالما لم يخرج عن مدلولها ، ولا على الحكم بعد ذلك إذا هو لم يذكر اسماء الشهود أو لم يورد نص اقوالهم متى كان قد أشار إليهم وأورد مضمون هذه الأقوال"(١٩٧٥/٤/٣٠ طعن ٢٢ سنة ٣٩ق – م نقض م – ٢٦ – ٨٦٠- ١٩٨٢/١١/١١ طعن ١٤٧٨ سنة ٤٨ق – م نقض م – ٣٣ – ٨٩٧ وفى نفس المعنى ١٩٩١/١١/١٩ طعن ٤٥ سنة٥٧ق – ١٩٧٣/١/١١ طعن ٢٤٤ سنة ٣٦ق – م نقض م ٣٤ – ٦٢ – ١٩٦٦/١/١٩ – م نقض م – ١٧ –١٥١)

ويشترط أن يكون استخلاص الحكم من أقوال الشهود سائغا ولا خروج فيه عن مدلول هذه الأقوال ولا مخالفة فيه للثابت . وقد قضت محكمة النقض بأن : " وان كان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مرهونا بما يطمئن إليه وجدان محكمة الموضوع ولا سلطان عليها فى تكوين عقيدتها مما يدلى به شهود أحد الطرفين" إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها سائغا ولا خروج منه عن مدلول تلك الشهادة ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق .(١٩٩٣/١٢/١٩ طعن ١٠٧٨ سنة ٦٣ق). وبأنه" لئن كان لمحكمة الموضوع السلطة العامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى والأخذ بما تطمئن إليه من أقوال الشهود وتطرح مالا تطمئن إليه فيها ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون تحصيلها متفقا مع الثابت من الأوراق والا تخرج بأقوال الشهود عما يقيده مدلولها " (١٩٨٧/١/٢٨ طعن ٩٢٧ سنة ٥٣ق – م نقض م – ٣٨ – ١٩٧ – وبنفس المعنى ١٩٨٧/٢٥ طعن ١٢٢٦ سنة ٥٣ق – م نقض م –٣٨ –٣١٣ –١٩٨٧/٥/١٣ طعن ٣٩٤ سنة ٥٥ق – م نقض م –٣٨ –٧٠٨ –١٩٨٧/١٢/١٣ طعن ٣١٦ سنة ٥١ق – م نقض م – ٣٨ – ١٠٧٩ – ١٩٨٥/١١/٢٨طعن ٦٧٨ سنة ٥٠ق – م نقض م – ٣٦ – ١٠٥٧ – ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٢٦سنة ٢٩ق – م نقض م – ١٥ – ٣٩٥) كما لا يجوز للحكم اغفال أقوال الشهود ايراد وردا فى حين أنه لو عنى ببحثها لتغير وجه رأيه فى الدعوى (١٩٩٠/٢/٢١ طعن ٥٠٧ سنة ٥٤ق).

ولا يجوز أن يتخذ الحكم من أقوال أحد الخصوم عند استجوابه دليلا له وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا أخذ الحكم من أقوال أحد الخصوم لدى استجوابه دليلا به بأنه لم يقصد من انذاره التنازل عن الشرط الفاسخ فى حين أنه لا يجوز اتخاذ أقوال احد الطرفين دليلا له يحتج به على الطرف الآخر يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه "(١٩٨٨/٣/١٥ طعن ٢١٦٤ لسنة ٥٤ق).

ولا يجوز للمحكمة الاعتماد على أقوال الشهود أمام الخبير إلا باعتبارها مجرد قرينة لا تكفى وحدها لإقامة الحكم وقد قضت محكمة النقض بأن : من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التحقيق الذى يصلح اتخاذه سندا أساسيا للحكم هو الذى يجرى وفقا للأحكام التى رسمها القانون لشهادة الشهود فى المادة ٦٨ وما بعدها من قانون الاثبات تلك الأحكام التى تقضى بأن يحصل التحقيق أمام المحكمة ذاتها أو بمعرفة قاضى تندبه لذلك وتوجب أن يخلف الشاهد اليمين إلى غير ذلك من الضمانات المختلفة التى تكفل بناء على ترخيص من المحكمة لا يعد تحقيقا بالمعنى المقصود إذ هو اجراء ليس الغرض منه إلا أن يستهدف به الخبير اداء المهمة ولا يجوز الاعتماد على أقوال الشهود أمام الخبير الا باعتبارها مجرد قرينة قضائية لا تصلح وحدها لاقامة الحكم عليها إنما يتعين أن تكون مضافة الى قرائن أخرى بحيث تؤدى فى مجموعها الى النتيجة التى انتهت إليه المحكمة .(١٩٨٤/١٢/٣٠ طعن ١٤٤٤ سنة ٥١ق – م نقض م – ٣٥ – ٢٣١١-١٩٨٥/٣/٧ طعن ١٣٨٧ سنة ٥١ق – ١٩٨٨/٦/٢١ طعن ١٥٠٨ سنة ٥٤ق ١٩٨٤/١٢/١١ طعن ٩١١سنة ٥٤ق ١٩٨٤/٥/٢٤ طعن ١٤٢٢ سنة ٥٠ق).

ولا يجوز للمحكمة أن تستخلص من أقوال الشهود الذين سمعتهم دليلا على ثبوت أو نفى واقعة لم يتناولها منطوق حكم التحقيق . وقد قضت محكمة النقض بأن : يدل النص فى المادة ٧١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن الاثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين تعلق الوقائع المراد اثباتها بالدعوى وكونها منتجه فيها ويقتضى هذا أن تكون تلك الوقائع مبينه بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف باثباته أو بنفيه . فإذا استخلصت المحكمة من أقوال الشهود الذين سمعتهم دليلا على ثبوت أو نفى واقعة لم يتناولها منطوق حكم التحقيق وتمسك الخصم ببطلان الدليل فإن استخلاصها هذا يكون مخالفا للقانون إذ أنها انتزعت من التحقيق دليلا على خصم لم تمكنه من إثبات عكسه ولما كان ذلك وكان البين من منطوق حكم التحقيق الذى أصدرته محكمة أول درجة أن قضى بالاحالة الى التحقيق ليثبت المطعون عليهم صحة توقيع المورث بالبصمة على عقد البيع موضوع النزاع ، ومع ذلك لو انتهى الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه الى عدم صحة دفاع الطاعنة بصورية عقد البيع بصدوره فى مرض الموت اعتمادا على هذا التحقيق رغم تمسك الطاعنة بعدم صلاحيته فى هذا الخصوص وطلبت احالة الدعوى الى التحقيق لإثبات دفاعها فيكون الحكم المطعون فيه قد اخطأ فى تطبيق القانون .(١٩٨٧/٢/٢٥ طعن ١٢٢٦ سنة ٥٣ق – م نقض م –٣٨ –٣١٣).

ومع ذلك فكانت قد قضت بأنه متى اصدرت المحكمة حكما لتحقيق واقعة وضع اليد فلا تثريب عليها إذ اعتمدت فى القول بالصورية على شهادة الشهود الذين سمعوا تنفيذا لهذا الحكم الذى أمر بتحقيق وضع اليد إذ أن لها بعد تنفيذ حكم التحقيق أن تستند فى قضائها فى الموضوع الى جميع عناصر الاثبات الموجودة فى الدعوى ومنها شهادة اولئك الشهود " (١٩٧٦/٣/٢٣ طعن ٥٥٦ سنة ٣٩ق – م نقض م – ٢٧ – ٧٢٨).

تستقل محكمة الموضوع بتقدير اقوال الشهود ولا سلطان عليها فى ذلك لغير ما يطمئن إليه وجدانها ولها فى هذا الصدد ترجيح اقوال شاهد على اقوال شاهد آخر ولها الآخذ اقوال الشاهد دون بعضها ، ولها أن تأخذ بمعنى للشهادة تحتمله ، دون معنى آخر تحتمله أيضا . وقد قضت محكمة النقض بأن : " إذا كان ما أوردته محكمة الاستئناف فى شأن اقوال الشهود ، لا يخرج عما هو ثابت فى التحقيق ، كما أن ما استخلصته منها لا يتجافى مع عبارتها ومن شأنه أن يؤدى الى ما انتهت إليه ، وكان تقدير اقوال الشهود واستخلاص الواقع منه هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، ولا سلطان لأحد عليها فى ذلك الا أن تخرج بتلك الأقوال الى غير ما يؤدى إليه مدلولها " وهى غير مقيدة بالرأى الذى يبديه الشاهد تعليقا على ما رآه أو سمعه ، فلها أن تأخذ ببعض اقواله بما ترتاح إليه وتثق به دون بعضها الآخر ، بل أن لها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا ، مادام المعنى الذى أخذت به لا يتجافى مع عبارتها . فإن المجادلة فى ذلك لا تعدو أن تكون مجادلة فى تقدير المحكمة لأقوال الشهود بغية الوصول الى نتيجة أخرى غير تلك التى أخذت بها الحكم " .(١٩٧٢/٣/٢١ طعن ٢١٢ سنة ٢٣ق – م نقض م –٢٣-٤٣٩) وقضت فى المعنى نفسه بأنه " تقدير شهادة الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضى الموضوع فهو غير ملزم - بتصديق الشاهد فى كل قوله بل له أن يطرح مالا يطمئن إليه وجدانه ، كما أن له أن يأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا ، مادام المعنى الذى أخذ به لا يتجافى مع مدلولها " (١٩٨٥/٢/١١ طعن ٦٦٦ سنة ٤٩ق – م نقض م – ٣٦- ٢٤١-١٩٨٥/٤/٢٨ طعن ١٦٩٤ سنة ٤٩ق – م نقض م ٣٦-٦٦٨). وبأنه" تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع وترجيح شهاده شاهد على شاهد آخر ، هو من اطلاقات قاضى الموضوع ولا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه وليس عليه أن يبين أسباب هذا الترجيح مادام لم يخرج بأقوال الشاهد عما يؤدى إليه مدلولها "(١٩٨٥/١٢/٣١ طعن ٨٥٥ سنة ٥٢ق – م نقض م – ٣٦ – ١٢٥٨ – وفى المعنى نفسه ١٩٨٢/١٢/٢٨ طعن ٥٣٠ سنة ٥٤ق – ١٩٨٢/١١/١١ طعن ١٤٧٨ سنة ٤٨ق – م نقض م ٣٣ –٨٩٧) وهى لا تتقيد برأى الشاهد الذى اطمأنت لاقواله تعليقا على ما رآه أو سمعه متى كان استخلاصها سائغا .(١٩٨٩/٢/٩ طعن ٩٧٣ سنة ٥٥ق – م نقض م – ٤٠ العدد الثانى – ٤٤٠ –١٩٨٦/٢/٤ طعن ١٢٦٢ سنة ٥٢ق – ١٩٨١/١١/٢٥ طعن ١٨ سنة ٤٨ق منشور بالخمسين عاما المجلد الرابع ص٤٠٨٦ بند ٢٥٨)

ويكون لها الأخذ بأقوال الشهود دون القرائن القضائية إذ يعتبر ذلك مسألة موضوعية لا يجوز الجدل فيها أمام محكمة النقض .(١٩٨٩/٢/٢٢ طعن ٣١٧ سنة ٥٥ق) ويجوز الاعتداد بالشهادة السماعية حيث تجوز الشهادة الأصلية إذ هى وعلتها تخضع لتقدير قاضى الدعوى .(١٩٧٥/٥/٢٩ طعن ١٤١ سنة ٤٠ق – م نقض م – ٢٦ –١١١٤ – ١٩٧٧/١٢/٢٦ طعن ٨١٦ سنة ٤٣ق – م نقض م – ٢٨-١٧٤٢) ولا يشترط أن ترد الشهادة على الواقعة المطلوب اثباتها بجميع تفصيلاتها وإنما يكفى أن يكون من شأنها أن تؤدى إلى الحقيقة فيها .(١٩٦٧/١٠/١٧ طعن ١٤٤ سنة ٣٤ق – م نقض م – ١٨-١٥٢٧ – ١٩٦٦/١٠/٢٥ طعن ٦٩ سنة ٣٢ ق – م نقض م – ١٧ – ١٥٨٢). والعبرة بالشهادة التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة بعد حلف اليمين فلا قيمة لما يقدمه الشهود من اقرارات مكتوبه لذوى الشأن (١٩٧٢/٣/٢١ طعن ٣١٢ سنة ٣٧ق – م نقض م – ٢٣- ٤٣٩) ويجوز للشاهد أن يعدل من أقواله لتصحيح شهادته أو اكمالها مادام فى مجلس القضاء لم يبرحه (١٩٨١/٦/٣١ طعن ٦٣٩ سنة ٤٨ق منشور بالخمسين عاما المجلد الأول ص٤٠٨ بند ١٠٤٧ . وقدير الدليل لا يجوز قوة الشئ المحكوم فيه ومن ثم يكون للمحكمة الأخذ بشهادة شهود سبق أن تشكك فى صحة شهادتهم حكم جنائى سابق أو حكم مدنى حاز قوة الأمر المقضى (١٩٦٧/٢/٨ طعن ٥٣ سنة ٣٣ق – م نقض م – ١٨ – ٣٢٠ –١٩٧٦/٣/٣٠ طعن ٥٩٢ سنة ٤٠ق – م نقض م – ٢٧ – ٧٩٢ – ١٩٧٦/٤/٢٨ طعن ٢ سنة ٤٥ق – م نقض م – ٢٧ –١٠٢٨) وللمحكمة الاستئناف أن تأخذ بأقوال شهود سمعوا أمام محكمة أول درجة (١٩٧٦/١/٢١ طعن ٨ سنة ٤٤ق – م نقض م – ٢٧ – ٢٧١). كما يكون لها أن تستخلص منها خلاف ما استخلصه محكمة أول درجة (١٩٧٥/١١/١٢ طعن ١٢ سنة ٤٣ق – م نقض م – ٢٦/ ١٤٠٠ – ١٩٧١/٤/٢٢ طعن ٦٣٦ سنة ٣٦ق م نقض م – ٢٢ –٥٤٠ وسكون للمحكمة أن تطرح كل أقوال الشهود (١٩٤٧/٤/٢٤ طعن ٢٤ سنة ١٦ قضائية منشور بالخمسين عاما المجلد الأول ص٣٩١ بند ٩٥٢) وليس عليها أن تعرض لمناقشة أقوال الشهود التى لم تأخذ بها أو ترد عليها (١٩٨٧/١١/٢٢ طعن ٧٤١ سنة ٥٤ق – م نقض م – ٣٨ –٩٨٤).

<u>التحقيق أمام المحكمة أو انتقال أحد القضاة لإجراء التحقيق :</u>

تنص المادة (٧٢) من قانون الإثبات على أنه :

يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها – عند الاقتضاء . ان تندب أحد قضائها لاجرائه

الأصل أن يكون سماع الشهود أمام المحكمة فى اليوم الذى تحدده للبدء فيه . ويجوز لها إذا خيف التعطيل أن تندب أحد قضائها لإجرائه وإن كان الحاصل أن التحقيق يجرى غالبا بمعرفة القاضى المنتدب – غير أن التحقيق الذى تجريه المحكمة بكامل هيئتها له مزاياه ، إذ يحضر أمامها الشهود فتستطيع أن توجه إليهم كل ما يعن لها من الأسئلة التى تراها لازمة لإظهار الحقيقة

بل تستطيع المحكمة أيضا أن تلمس من طريقة إجابات الشاهد مبلغ ما تحمله من صدق أو كذب وما إذا كان يميل إلى محاباة أحد الخصوم أو الكيد له ، أما إذا أجرى التحقيق بمعرفة القاضى المنتدب فلا يكون أمام المحكمة إلا محاضر التحقيق ، وهذه المحاضر مهما بلغت من الدقة والوضوح فهى تعجز عن تصوير حالة الشاهد النفسية وطريقة إجابته ، وهذا أعتبار له أهميته فى تقدير أقوال الشهود (العشماوى المرجع السابق).

والتحقيق الصالح لاتخاذه سندا لحكم وما يجرى وفقا للأحكام التى رسمها القانون لشهادة الشهود ، وإذن ، لا يعتبر تحقيقا ما يجريه الخبير من سماع شهادة الشهود ، وذلك لان تحقيق المحكمة يكفل ضمانات خاصة لحسن سير التحقيق توصلا للحقيقة منها حلف الشاهد اليمين وغير ذلك ..... أما ما يجريه الخبير من سماع الشهود ولو كان ذلك بناء على ترخيص من المحكمة فلا يعد تحقيقا بالمعنى المقصود إذ هو مجرد اجراء ليس الغرض منه إلا أن يستهدف به الخبير فى أداء مهمته (نقض ١٩٧٣/١١/٢٠ – ٢٤ – ١١١٤).

وتنص المادة (٧٣) من قانون الإثبات على أنه :

يستمر التحقيق الى أن يتم جميع شهود الاثبات والنفى فى الميعاد ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الاثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع .

و إذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور.

فى الغالب تسمع المحكمة شهود الإثبات وشهود النفى فى جلسة واحدة ، ولكن إذا اقتضت الظروف أن تسمع المحكمة شهود النفى فى جلسة أخرى غير الجلسة التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى الجلسة ذاتها فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان التحقيق .

وقد قضت محكمة النقض بأن : النص فى الفقرة الأولى من المادة ٧٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفى فى الميعاد ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع يدل على أنه وإن كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات إلا أن هذا ليس أمرا حتميا يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق فلها أن ترجئ سماع شهود النفى إلى الجلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع وتقدير المانع يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع بلا معقب ، لما كان ذلك

وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه تصدى للرد على دفع الطاعنات ببطلان التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة لمخالفة نص المادة ٧٣ من قانون الإثبات فأنه بأن سماع الشهود إثباتا ونفيا فى جلسة واحدة يكون عند عدم قيا المانع الذى يحول دون ذلك وقد ثبت قيامه لدى تلك المحكمة التى لم تسمه شهود النفى فى ذات جلسة سماعها شهود الإثبات لعذر قهرى تعذر معه على المطعون ضده إعلانهم ، ومن ثم يكون الحكم فى رده على الدفع ببطلان التحقيق قد أصاب صحيح القانون ويضحى النعى الذى تثيره الطاعنان على غير أساس .(نقض ١٩٨٨/١١/٢٤ طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥5ق). وبأنه" مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٧٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه وإن كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الاثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع البطلان بل ترك المشروع تنظيمه للمحكمة التى تتولى اجراء التحقيق فلها أن ترجئ سماع شهود النفى الى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الاثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع وتقدير المانع يدخل فى نطاق سلطة المحكمة الموضوعية بلا معقب عليها .(نقض مدنى جلسة ١٩٧٦/٢/٢٥ الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٤ق). وبأنه" مؤدى نص المادة ١٩٤ من قانون المرافعات السابق المقابلة لنص المادة ٧٣ إثبات " وأنه كان الاصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فسها شهود الإثبات إلا أن هذا ليس أمرا حتميا يترتب على مخالفته البطلان بل ترك المشرع تنظيمة للمحكمة التى تتولى اجراء التحقيق فلها أن ترجى سماع شهود النفى الى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الاثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع (نقض مدنى جلسة ١٩٧٢/١٢/١٣ الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٨ق). وبأنه" إذا كان الطاعن هو وشاهداه فى جلستين متاليتين وكان المطعون عليه طلب التنأجيل لاعلان شهوده فصدر القرار بالتأجيل مع التنبيه على شاهدى الطاعن بالحضور وفى الجلسة التالية التى حددت اداريا حضر الطاعن وقدم ورقة اعلان شهوده ولعدم حضور أحد من الشهود أحيلت الدعوى الى المرافعة ولما كان الثابت مما تقدم أن الطاعن قام بما أوجبه عليه القانون من تكليف شهوده بالحضور للتحقيق وكان تأجيل التحقيق على ما تقضى به المادة ٢/٧٣ من قانون الاثبات بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة الا إذا أعفتهم المحكمة صراحة من الحضور فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض دفاع الطاعن فى هذا الخصوص تأسيسا على أنه عجز عن اثباته اتاحة الفرصة له على مدى العديد من جلسات التحقيق خلال ما يقرب من العام يكون قد أقام قضاءه على ما يخالف الثابت بمحاضر التحقيق وأخل بحق الطاعن فى الدفاع ومن ثم يتعين نقضه

وطبقا للفقرة الثانية من المادة ٧٣ بعد تأجيل الحضور بمثابة تكليف بالحضور للشهود الذين حضروا التحقيق إلا إذا أعفتهم المحكمة صراحة من الحضور وقد قضت محكمة النقض بأن : تأجيل التحقيق على ما تقضى به المادة ٢/١٩٤ من قانون المرافعات السابق المقابلة لنص المادة ٧٣ اثبات يعتبر بمثابة تكليف بالحضور لمن يكون حاضرا من الشهود لتلك الجلسة إلا إذا أعفتهم المحكمة من الحضور صراحة .(نقض مدنى جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٤ق).

والإذن بالإثبات بشهادة الشهود يقتضى فى الغالب الإذن بالنفى بذات الطريق سواء نص حكم الإحالة إلى التحقيق على ذلك أو لم ينص وفى الغالب الأحكام تنص على ذلك وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان الحكم التهميدى إذا قضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق قد أذن للمشترى – المطعون عليه الأول – فى أن يثبت صورية عقد البيع الصادر من نفس البائع – المطعون عليه الثانى – عن ذات العين المبيعة إلى مشترين آخرين – الطاعنين – كما إذن للبائع فى نفى هذه الصورية ، إلا أنه أغفل النص على الإذن للمشترين الآخرين فى نفيها ، فإن ذلك لا يبطل الحكم ولا يسقط حق هذين المشترين فى نفى صورية عقدهما ذلك لانهما إنما يستمدان هذا من القانون وفقا للمادة ١٨١ من قانون المرافعات – الاسبق – وهى تنص على أنه " إذ اذنت المحكمة لاحد الاخصام بإثبات شئ بالنية كان للخصم الآخر الحق دائما فى إثبات عدم صحة ذلك الشئ بالبينة " ومن مقتضى ذلك أن يكون لهما رغم سكوت الحكم التمهيدى عن الإذن لهما فى نفى الصورية أن يطلبا إلى المحكمة عند التحقيق سماع شهودهما إن كان لهما شهود . (نقض ١٩٥٠/١١/٢١ طعن رقم ٣٣ لسنة ١٩ق).

وعلى ذلك فإن الإذن بالإثبات والإذن بالنفى إنما ينصب فقط على الواقعة أو الوقائع التى عينها الحكم وأذن فى إثباتها ونفيها ، فلا تجوز للخصم الذى رخص له الإثبات أن يتطرق إلى إثبات وقائع أخرى ، كما يتعين على الخصم الآخر أن يقتصر على نفى الواقعة ذاتها التى رخص لخصمه فى إثباتها ، سواء قدم هذا الأخير شهودا عليها أو لم يقدم ، ولا يجوز له أن يتعدى ذلك إلى إثبات أو نفى وقائع أخرى غير التى أبيح لخصمه إثباتها ، ولو كان إثباتها يمحو الآثار القانونية المترتبة على الواقعة الأولى ، ويتعين عليه إن اراد شيئا من ذلك أن يتقدم بطلب مستقل لتحقيق هذه الوقائع الاخرى ، وأن تأذن له المحكمة فى إثباتها ولخصه فى نفيها طبقا للقواعد سالفة الذكر .(دكتور سليمان مرقص).

المسألة تكون تقديرية للمحكمة بالنسبة للاستجابة للخصم الذى لم يحضر شهوده حتى إنتهاء الأجل المضروب لإجراء التحقيق فقد قضت محكمة النقض بأن : إذا طلب الخصم الذى لم يحضر شهوده فى التحقيق حتى انقضاء ميعاده الاحالة إلى التحقيق من جديد ليحضر شهوده ، كانت المحكمة فى حل من رفض طلبه الجديد ومن اعتباره عاجزا من إثبات دعواه وترتيب حكمها فى الموضوع على ذلك .(نقض ١٩٧٠/٤/٧ مج س٢١ ص٥٨١).

وتنص المادة (٧٤) من قانون الإثبات على أنه :

إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضى المنتدب على الفور فى الطلب بقرار يثبت فى محضر الجلسة .

وإذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على طلب شفوى يثبت فى محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة ولا يجوز الطعن بأى طريق فى قرر المحكمة.

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضى المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة " .

يجب أن يبين فى منطوق الحكم القاضى بالإحالة إلى التحقيق اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه مع مراعاة ما نصت عليه المادة ٣ من قانون الإثبات من أنه إذا ندبت المحكمة أحد قضائها لمباشرة اجراء الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء والغرض من ذلك حث القاضى والمتقاضين على انجاز التحقيق الذى أمرت به المحكمة فى مدة معقولة منعا لاطالة أمد التقاضى إذا ترك التحقيق دون تعيين موعد لبدئه وآخر لانتهاء منه .

والميعاد الذى تحدده المحكمة لاجراء التحقيق خلاله تطبيقا للمادتين ٧١ ،٧٥ إثبات لا علاقة له بمواعيد المرافعات باعتبارها الاجال التى يحددها القانون لمباشرة اجراءاتها ، فاليوم المقرر لبدء التحقيق ينبغى احتسابه ضمن الميعاد لأن من الجائز سماع الشهود وإجراء التحقيق فيه بالذات .(مرقص)

ومفاد نص المادة ٧٤ من قانون الاثبات أنه يتعين على الخصم الذى يطلب مد الميعاد المحدد للتحقيق أنه يتعين التقدم بالطلب خلال الموعد أى قبل انقضاء الميعاد الذى حددته المحكمة للتحقيق فإذا تراخى الخصم حتى انقضى الميعاد فإن طلبه يكون غير مقبول وذلك حتى تتحقق الجدية فى الطلب وحتى يكون التقدم به وليد ظروف صاحبت مجرى التحقيق بحيث يمكن للمحكمة فحصها والتحقيق من جديتها . فإذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم من قراره بالرفض الى المحكمة ويكون هذا التظلم بناء على طلب شفوى فى محضر التحقيق وتحكم المحكمة على وجه السرعة ومعنى ذلك أن التظلم يبدى من الخصم أمام القاضى المنتدب فى محضر التحقيق وعلى القاضى عند حصول التظلم أن يعرض الأمر على المحكمة لتحكم فى التظلم على وجه السرعة والقانون لم يتطلب شكلا معينا فى هذا التظلم كما أنه لم ينص على اتباع اجراءات معينة عند نظره وعلى ذلك فيتبع فى شأن هذا الطلب ونظره القواعد العامة التى تحكم ما يقدم الى المحكمة من طلبات متعلقة بسير الدعوى وقرار المحكمة فى التظلم لا يجوز الطعن فيه بأى طريق فإذا كان قرار الرفض قد صدر ابتداء من المحكمة فلا وجه للتظلم منه ويكون نهائيا غير جائز الطعن فيه وقد نصت الفقرة الأخيرة على أنه لا يجوز مد الميعاد أكثر من مرة واحدة

وهذا النص قصد به حث القاضى والخصوم على الفراغ من التحقيق فى اقرب فرصة حتى لا يجوز مد الميعاد أكثر من مرة واحدة وهذا النص قصد به حث واطالة أمد النزاع دون مبرر وعلى ذلك لا يترتب على مخالفتها أى بطلان وينبنى على ذلك أنه لا بطلان إذا مدت المحكمة ميعاد التحقيق أكثر من مرة .(إنظر العشماوى) .

ويجب التمسك بإجراءات بطلان التحقيق أمام محكمة الموضوع فالدفع بالبطلان أمام محكمة النقض لأول مرة لا يجوز وقد قضت محكمة النقض بأن : التحدى ببطلان إجراءات التحقيق لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .(نقض ١٩٧٧/١١/١٤ سنة ٢٨ ص١٧٨٤).

والملاحظ أن مسألة من ميعاد التحقيق مسألة تقديرية لمحكمة الموضوع فقد قضت محكمة النقض بأن : أن المحكمة غير ملزمة بمد ميعاد التحقيق كلما طلب منها ذلك وانما الأمر فيه متروك لمطلق تقديرها فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رفضت طلب اعادة الدعوى الى التحقيق اعتمادا على ما ذكرته من أن الطاعنة قررت عدم وجود شهود لديها وقت أن كان باب التحقيق مفتوحا أمامها لدى محكمة الدرجة الأولى فذلك يفيد عدم قبولها بعذر الطاعنة فى عدم اعلانها شهودها فى الميعاد الذى كان محددا للتحقيق وهو كاف لحمل قضائها برفض طلب اعادته .(نقض مدنى ١٩٥١/١٢/٦ الطعن رقم ٨ لسنة ٢٠ق).

وتنص المادة (٧٥) من قانون الإثبات على أنه :

" لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم "

هذه المادة مادة تنظيمية لا يترتب على مخالفتها البطلان أى أنه يعتد بالتحقيق الذى يتم بعد انتهاء الميعاد طالما سمع شهود الطرفين وتحفظت الغاية من الأجراء . وفى جميع الأحوال يجوز سماع شهود بناء على حكم آخر يحدد فيه موعد جديد لسماع الشهود .(أنظر أبو الوفا).

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات القائم لا يترتب البطلان بغير نص صريح إلا إذا شاب الأجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه وكان النص فى المادة ٧٥ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم هو نص تنظيمى لا يترتب البطلان على مخالفته فيعتد بالتحقيق الذى يتم بعد انتهاء الميعاد طالما سمع شهود الطرفين وتحققت الغاية من الاجراء (نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٠ الطعن رقم ٢ لسنة ٤٣ق).

وبأنه كانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا ترتب البطلان بغير نص صريح إلا إذا شاب الأجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه وكان النص فى المادة ٧٥ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم هو نص تنظيمى لا يترتب البطلان على مخالفته فيعتد بالتحقيق الذى يتم بعد انتهاء الميعاد طالما سمع شهود الطرفين وتحققت الغاية من الاجراء وكان مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٧٣ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه وأن كان الأصل سماع شهود نفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات إلا أن هذا ليس أمر حتميا يترتب على مخالفته البطلان بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى اجراء التحقيق فلها أن ترجئ سماع شهود النفى الى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع وتقدير المانع يدخل فى نطاق سلطة المحكمة الموضوعية بلا معقب عليها لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اعتد بأقوال شاهدى المطعون ضده التى سمعت بعد انتهاء اجل التحقيق وبعد سماع أقوال شهود الطاعن مما يحقق الغاية من الاجراء وكان سماع أقوالهما فى جلسة حددتها المحكمة لذلك يعد أن قدرت مبرر تخلفها عن الحضور قبلها فإن النعى بما ورد فيه يكون على غير أساس.(الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٨).

وتنص المادة (٧٦) من قانون الإثبات على أنه :

إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه فى الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب الزامه باحضاره او بتكليفه الحضور لجلسة أخرى مادام الميعاد المحدد لاتمام التحقيق لم ينقض فإذا لم يفعل سقط الحق فى الاستشهاد به .

ولا يخل هذا بأى جزاء آخر يرتبه القانون على هاذ التأخير " .

يجوز للخصم أن يحضر شاهدة أو يكلفه بالحضور للجلسة المحددة فإذا لم يحضر شاهده أو لم يكلفه بالحضور فتقرر المحكمة إلزامه بذلك لجلسة أخرى مادام ميعاد التحقيق لم ينقض فإذا هو ما ذلك لم يحضر الشاهد أو لم يكلفه بالحضور سقط حقه فى الأستشهاد به ولو لم ينقض بعد الميعاد المحدد لاتمام التحقيق .

ويجوز للمحكمة أن تقض عليه أيضا بالغرامة أو الوقف شريطه توافر الوقت المنصوص عليها بالمادة ٩٩مرافعات .

وقد قضت محكمة النقض بأن : تخلف الخصم عن إحضار شاهده أو تكلفيه بالحضور فى الجلسة المحددة وفى الجلسة الأخرى رغم إلزامه من المحكمة . أثره . سقوط حقه فى الاستشهاد به . علة ذلك . مادة ٧٦ من قانون الإثبات .(نقض ١٩٩٣/٤/٨ ، الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٦٢ق).

وبأنه من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه إذا لم يحضر الخصم شاهده بالجلسة المحددة لبدء التحقيق أو يكلفه فيها فغن المحكمة أو قاضى التحقيق يلزمه بذلك مع تحديد جلسة تالية مادام أجل التحقيق قائما ، فإذا لم ينفذ الخصم ما التزم به سقط حقه فى الاستشهاد به ، وهو جزاء يتقرر بغض النظر عن انتهاء أجل التحقيق أو بقائه ممتدا" .(نقض ١٩٨٨/٣/٢٩ سنة ٣٩ ، الجزء الأول ص٥٥٤). وبأنه" ليس هناك ما يمنع الخصم الذى تخلف عن إعلان شهوده أمام محكمة أول درجة من طلب الإحالة إلى التحقيق مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف .(نقض ١٩٦٩/٢/٦ ، مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٠ص ٢٧٠).

وتعد هذه المادة إجراء شكليا تطبق على مواد الأحوال الشخصية وقد قضت بأن : الإجراءات الشكلية فى قانون الإثبات فى مواد الأحوال الشخصية . خضوعها لقانون الإثبات . تخلف الخصم عن إحضار شاهده أو تكليفه بالحضور فى الجلسة المحددة وفى الجلسة الأخرى رغم إلزامه من المحكمة . اثره . سقوط حقه فى الاستشهاد به . علة ذلك . م ٧٦ من قانون الإثبات (نقض ١٩٨٢/١/٢٦ ، الطعن رقم ٥١ إحوال شخصية لسنة ٥٠ق).

وتنص المادة (٧٧) من قانون الإثبات على أنه :

إذا رفض الشهود الحضور اجابة لدعوة الخصم أو المحكمة وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم لأداء الشهادة قبل تاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة .

ويجوز فى احوال الاستعجال نقص هذا الميعاد تكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب ".

يجب أن تكون دعوى الشاهد للحضور بإعلان على يد محضر فى حالة رفضه الحضور لإجابة لدعوى المحكمة أو الخصم فإذا لم يحضر بحق للمحكمة أن توقع عليه الجزاء المنصوص عليه بالمادة ٧٨ إثبات .

والعبرة فى أحتساب ميعاد المسافة يكون يعد موطن صاحب الشأن عن المحكمة التى أختار أن يتخذ الأجراء فيها ولو كان يجوز له إجراؤه بالمحكمة التى موطنه بدائرتها .

وإذا أوجب القانون اتخاذ سلسلة من الاجراءات فى مواعيد متتالية لعمل قانونى واحد فلا يضاف لصاحبها الا ميعاد مسافة واحد ، اما إذا اقتضى الإجراء إضافة ميعاد مسافة فإنه يضاف ولو تعدد القيام به فى خصومة واحدة متى كانت المواعيد متتالية (يراجع دراسة تفصيليه لمواعيد المسافة غير متتالية - ابو الوفا فى التعليق على المادة ١٦)

والعبرة فى احتساب ميعاد مسافة الى ميعاد الاعلان بالموطن الذى تم فيه هذا الاعلان فإذا تم فى الموطن المختار احتسب ميعاد المسافة منسوبا إليه دون الموطن الأصلى ، وإذا تم فى محضر لشخص المقيم فى الخارج احتسب ميعاد مسافة منسوبا للمكان الذى تم فيه اعلانه فيه فى مصر (يراجع دراسة تفصيليه لمواعيد المسافة بالمدونة الجزء الثانى – ابو الوفا فى التعليق على المادة ١٦ – ويراجع فى إضافة ميعاد مسافة الى ميعاد الطعن بالنقض ١٩٨٠/٦/٢٣ – م نقض م – ٣١ – ١٨٣٢ – ٢٠ /١٩٨٠/١٢ – م نقض م – ٣١ – ٢٠٧٣ والى ميعاد الاستئناف (١٩٧٧/٦/١ – م نقض م – ٢٨ – ١٣٥٤ – ١٩٨٠/٢/١٩ طعن ٧٣٧ سنة ٤٧ ق – م نقض م – ٣١ – ٥٤٨ كما يراجع ١٩٧٦/٢/٢٢ – م نقض م – ١٧ – ٢٢٣) اعتبار ميعاد سقوط الخصومة ميعادا إجرائيا فيضاف إليه ميعاد مسافة بين مقر المحكمة التى قدمت اليها صحيفه التعجيل وبين موطن المراد اعلانه .

ويضاف ميعاد المسافة الأصلى سواء كان بالساعات أو بالشهور أو بالأيام أو بالسنين وسواء فرضه القانون أو القضاء ، اما الميعاد الاتفاقى فلا يضاف اليه ميعاد مسافة كما انه فى الأحوال التى ينقص فيها الميعاد الاصلى بأمر القضاء يضاف ميعاد مسافة إذ فى هذه الحالة يتم الاعلان لشخص المعلن إليه وفقا للمادة ٦٦ مرافعات .

ويندمج ميعاد المسافة بالميعاد الأصلى فيتكون منهما واحد متصل الأيام تكون بدايته هى بداية الميعاد الأصلى ونهايته ميعاد المسافة فإذا كان ميعاد الاستئناف وقدره اربعون يوما يبدا من تاريخ صدور الحكم الذى صدر فى أول يناير واضيف ميعاد مسافة قدره اربعة أيام فإن ميعاد الاستئناف يصبح أربعة وأربعين يوما يبدأ من ٢ يناير وينتهى فى ١٤ فبراير وفى ذلك تقول محكمة النقض " مفاد نص المادة ٢١ من قانون المرافعات السابق يدل على أن ميعاد المسافة أنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الاصل يفيد بداهة انه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو واياه متواصل الايام ، فإذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط عطله تستمر من بعده وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة فإنه يأخذ هذه الميعاد متلاحقا متصلا مباشرة بأيام اصل الميعاد ، وإذ خالف الحكم هذا النظر بأن مد ميعاد الاستئناف الى اول يوم من ايام العمل بعد عطلة عيد الاضحى ثم اضاف بعد ذلك ميعاد المسافة فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون" (١٩٧٦/٦/١٧ طعن ١٩٧٤ سنة ٤١ق – م نقض م – ٢٧ – ١٣٧٧ – ١٩٨٤/٣/٢٧ طعن ١٩٩٩ سنة ٥٠ق – م نقض م – ٥٣ – ٨٦٢) ويترتب على ذلك انه إذا صادف اليوم الأخير من الميعاد الأصلى يوم عطله لم يمتد الميعاد متى كان اليوم الاخير من ميعاد المسافة ليس عطله ، وعلى العكس فإنه إذا صادف اليوم الأخير من ميعاد المسافة يوم عطله امتد الميعاد الملتحم الى اول يوم عمل (١٩٧٦/٦/١٧- م نقض م – ٢٧ – ١٣٧٧).

ويتعلق ميعاد المسافة بالنظام العام بحيث يتعين على المحكمة اعماله من تلقاء نفسها فإذا قضت بسقوط الحق فى الاستئناف لرفعه بعد الميعاد الأصلى للاستئناف دون ان تضيف اليه ميعاد المسافة الواجب اضافته عن المسافة الواجب اضافته عن المسافة ما بين موطن الاستئناف امام أول درجه ومقر المحكمة التى وادعت بها صحيفة الاستئناف ، كان حكمها مخطئا فى تطبيق القانون وفى ذلك تقول محكمة النقض " إذا كان الطاعنان يقيمان بالاسكندرية حيث تم اعلانهما بأمر التقدير وكان استئناف الامر المذكور يقتضى انتقالهما أو من ينوب عنهما من محل اقامتهما بالاسكندرية الى مقر محكمة استئناف القاهرة لاتخاذ اجراءات الاستئناف وكانت المسافة بينهما تزيد على ٢٠٠ كيلو متر فإن من حقهما ان يستفيدا من ميعاد المسافة الذى نصت عليه المادة ١٦ من قانون المرافعات فى فقرتها الأولى وإضافة أربعة أيام الى ميعاد الاستنئاف الأصلى وكان يتعين على محكمة الاستئناف مراعاة اضافة هذا الميعاد من تلقاء نفسها بحيث يلتحم بالميعاد الأصلى فيكون هو الاصل وحده متواصلة الأيام

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ١٣ سنة ١٩٦٨ " بالنسبة لمواعيد المسافة لمن يقع موطنه فى الخارج وحد المشروع فى المادة ١٧ ميعاد المسافة بالنسبة الى جميع البلاد والمناطق مراعاة منه لتطور وسائل المواصلات على نحو قارب بين الأقطار جميعا بما ينفى معه التفرقة التى يقيمها القانون القائم بين البلاد التى تقع على شواطئ البحر الأبيض المتوسط أو البحر الأحمر أو فى أوروبا وبين البلاد الأخرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن " للطاعن — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان يضيف الى الميعاد المحدد للطعن بالنقض ميعاد مسافة بين موطنه وبين مقر المحكمة التى يودع بقلم كتابها صحيفة الطعن ، وطبقا لنص المادة ١/١٧ من قانون المرافعات فإن المرفعات فإن ميعاد المسافة ستون يوما لمن يكون موطنه فى الخارج . وإذ كان البين من الأوراق أن الطاعنة شركة تأمين فرنسية موطنها الاصلى مدينه باريس بفرنسا ولم يثبت انها تزاول نشاطا تجاريا فى مصر أو أن لها فرعا أو وكيلا فيها ، فإن ميعاد المسافة الواجب اضافته الى ميعاد الطعن بالنقض الحالى هو ستون يوما وإذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر بتاريخ ١٩٧٤/٣/٢٨ وكانت الطاعنة قد اودعت صحيفة الطعن فى ١٩٧٤/٦/٢٤ فإنه بإضافة ميعاد المسافة سالف البيان يكون الطعن قد اقيم فى الميعاد القانونى (١٩٨٠/٦/٢٣ طعن ٧١٣ سنة ٤٤ق – م نقض م – ٣١ – ١٨٣٢).

<u>جــزاء فــوات الميعــاد النــاقــص:</u>

يترتب على فوات الميعاد الناقص دون اتخاذ الاجراء خلال سقوط الحق فى اتخاذ الاجراء ولو لم ينص القانون على هذا الجزاء صراحة لأن عدم حصول الاجراء فى الميعاد المحدد له قانونا يفوت الغاية من تحديد الميعاد أو المواعيد التى يتعين انقضاؤها قبل اتخاذ الاجراء أو المواعيد التى يتعين اتخاذ الاجراء قبل مدتها ، فإنه يترتب على مخالفتها جزاء عدم القبول .(سيف بند ٣٩٣).

الحكم على الشاهد بالغرامة في حالة عدم الحضور :

وتنص المادة (٧٨) من قانون الإثبات على أنه :

إذا كلف الشاهد الحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها ألفا قرش ، ويثبت الحكم فى المحضر ولا يكون قابلا للطعن وفى أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمرا بإحضار الشاهد.

وفى غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتض وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف . فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ويجوز للمحكمة أو القاضى إصدار أمر بإحضاره " .

لا يجوز نقض هذه الغرامة أو زيادتها إلى بنص لأن النص قد صدرها .

وإذا تخلف الشاهد عن الحضور رغم إعلانه إعلانا صحيحا ولأول مرة فالمحكمة لا تأمر بأحضاره إلا فى حالة الأستعجال الشديد وإذا تخلف ثانية عن الحضور بعد إعلانه مره ثانيه فيكون الأمر جوازى للمحكمة فلها أن تأمر بإحضاره حتى ولو لم يتوافر حالة الاستعجال .

وتنص المادة (٧٩) من قانون الإثبات على أنه :

يجوز للمحكمة أو القاضى المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وابدى عذرا مقبولا ".

إذا أبدى الشاهد المتخلف عن الحضور عذرا مقبولا فيجوز للمحكمة إقالته من الغرامة فالمسألة تقديريه للمحكمة لقبولها هذا العذر من عدمه .

ويكون إقالة الشاهد من الغرامة بناء على طلبه إذ أنه لا يجوز بأى حال من الأحوال للمحكمة بأن تقضى بإقالة الغرامة دون طلب الشاهد.

وتنص المادة (٨٠) من قانون الإثبات على أنه :

إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى عن أداء اليمين ، أو من الإجابة حكم عليه طبقا للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تجاوز مائتى جنيه " .

هذه المادة قد ضاعف المشرع فيها الغرامة وذلك لتعنف الشاهد عن عدم شهادته بالواقعة المراد الشهادة عليه .

وقد أوضحت هذه المادة صورتين للأمتناع عن الشهادة وهما :

- الصورة الأولى : الامتناع بغير مبرر قانونى عن أداء اليمين

قد يحضر الشاهد جلسة التحقيق وفى نيته عدم الإدلاء بالشهادة خوفا من الغرامة المنصوص عليها وأثناء حضوره التحقيق يفاجئ بأن المحكمة تريد من حلف اليمين فأنه يمتنع عن الخلف ففى هذه الحالة توقع عليه المحكمة الغرامة المنصوص عليها بهذه المادة .

إلا أننا يجب أن نلاحظ أن هناك أشخاص لا يجيز لهم القانون الشهادة عن وقائع معينه أو فى ظروف خاصة وهم المنصوص عليهم فى المواد ٦٥ ،٦٦ ، ٦٧ من قانون الإثبات فإذا حضر أحد هؤلاء أمام المحكمة وامتنع عن أداء الشهادة فلا يجوز لها أن توقع الغرامة عليه ، وكذلك بالنسبة للشاهد التى لا تجيز له ديانته الحلف فلا يجوز توقيع الغرامة عليه وإن كان يجوز للمحكمة أن تسمعه على سبيل الاستدلال .(الدناصورى وعكاز).

- الصورة الثانية : الامتناع عن الإجابة

إذا حضر الشاهد وامتنع عن الإجابة عن الأسئلة الموجهة من المحكمة أو وكيل الخصم دون مبرر قانونى فيجب على المحكمة أن تقضى عليه بالغرامة المنصوص عليها بتلك المادة.

ويجوز أيضا للمحكمة أن تقضى بهذه الغرامة إذا أوضح بها وبجلاء بأن الشاهد يجب على الأسئلة بطريق مبهمة شريطه لفت نظر المحكمة للشاهد بأن طريقة إجابته غير واضحة فإذا إستمر فى ذلك متعمد قضت عليه بهذه الغرامة

<u>حالة انتقال القاضي المنتدب لسماع الشاهد :</u>

تنص المادة (٨١) من قانون الإثبات على أنه :

إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز ان ينتقل إليه القاضى المنتدب لسماع أقواله ، فإذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضائها لذلك ، ويدعى الخصوم لحضور تادية هذه الشهادة ، ويحرر محضر بها يوقعه القاضى المنتدب والكاتب " .

قد يحتاج الأمر إلى انتقال المحكمة نفسها أو القاضى الذى ندبته لاجراء التحقيق إلى خارج مقرها لسماع الشهود إما فى محل النزاع حيث يرى أن فى ذلك مصلحة لاظهار الحقيقة ، وإما فى محل اقامة شاهد معين يمنعه من الحضور أمام المحكمة عذر مقبول كمرض أو كبر سنه ، فتنتقل المحكمة أو القاضى المنتدب بصحبة كاتب التحقيق لسماع أقوال فى محل النزاع أو فى محال اقامتهم بحضور الخصوم .(سليمان مرقص – المرجع السابق) .

وقد أضاف المشرع فى نهاية المادة ٨١ العبارة التى تنص على دعوة الخصوم للحضور أثناء إدلاء الشاهد لشهادته عند الانتقال إليه حتى يتسنى لهم مناقشته وتوجيه الأسئلة إليه وفقا للقانون ، وهذه الإضافة ما هى إلا ترديد للقواعد العامة المنصوص عليه فى قانون المرافعات والتى توجب اتخاذ الإجراء فى مواجهة الخصوم ونص المادة ٥ من قانون الإثبات ، فإذا لم يدع الخصوم لحضور تأدبة هذه الشهادة فإن الإجراءات تكون باطلة وهو بطلان نسبى مقرر لصالح الخصم الذى لم يدع ولم يحضر .

ويجب تفسير هذا النص فى ضوء المادة ١٧٤ مكررا مرافعات المضافة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، بالإضافة إلى نص المادة ٥ إثبات المعدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ومقتضى ذلك أن الخصم الذى حضر إحدى الجلسات ولم ينقطع بالنسبة له تسلسل الجلسات لا يدعى للحضور فى حالة انتقال القاضى المنتدب لسماع الشاهد ، أما إذا كان لم يحضر بأى جلسة أو انقطع تسلسل الجلسات بالنسبة له ولم يحضر باى جلسة تالية تعين إعلانه و إلا كان التحقيق الآخر الذى سمعته المحكمة ، كما أنه نسبى فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

<u>الحالات التي لا يجوز فيها رد الشاهد :</u>

تنص المادة (٨٢) من قانون الإثبات على أنه :

لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر"

مفاد نص المادة ٨٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن القانون لم يجعل القرابة أو المصاهرة بين الخصم وشاهده سببا لرد الشاهد أو عدم سماع شهادته ألا أن الشهادة تختلف عن الاقرار و اليمين الحاسمة فى أنها تقتضى المغايرة بين شخص الخصم وشخص من يستشهد به لأنه يحكم إليه فى الإدلاء بمعلوماته على خلاف الإقرار الذى يصدر عن ذات الخصم واليمين الحاسمة التى يحتكم فيها الخصم الى ذمة خصمه

وقد قضت محكمة النقض بأن : مفاد المادة ٨٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن القانون لم يجعل القرابة أو المصاهرة بين الخصم وشاهده سببا لرد الشاهد أو عدم سماع شهادته .(نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٢٣ الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٥ق)

وبأنه" لما كان الثابت فى الدعوى أن الأستاذ / ....المحامى أحد شاهدى المطعون عليها الثانية هو وكيلها فى الدعوى مما لا يستقيم معه الفصل بين صفته الشخصية وصفته كوكيل عن المطعون عليها الثانية فى الخصومة المماثلة وهو ما لا يتحقق به المغايرة لقبول شهادته وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على ما اطمأن إليه من أقوال شاهدى المطعون عليها الثانية رغم أن أحدهما هو وكيلها فى الخصومة الماثلة فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه دو حاجة لبحث باقى أوجه الطعن "(الطعن رقم ٢٣٨٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٦/١٩).

وبأنه" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون لم يجعل من صلة القرابة بين الشاهد والمشهود له سببا لعدم الأخذ بأقوال الشاهد ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه أن عول على أقوال شاهدى المطعون ضدهم بعد أن أطمأن اليها حتى ولو كان من أقارب هؤلاء الأمر الذى يضحى معه ما تثيره الطاعنة من نعى فى هذا الصدد على غير أساس .(الطعن رقم ١٦٢٠ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/١/١٨) وبأنه" ومن أحكام محكمة النقض أنه من المقرر فى المذهب الحنفى قبول شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض هذا الفرع لأصله والاصل لفرعه كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة وعلى ذلك فإن شهادة أخ المطعون عليها وشهادة أبن أختها وابن أخيها لها مقبول شرعا .(نقض مدنى ١٩٧٥/٣/٢٦ الطعن رقم ٦١ لسنة ٤١ق).

هذه المادة لا تسرى على دعاوى الأحوال الشخصية فقد قضت محكمة النقض بأن : إنه وإن كان من الأصول المقررة شرعا وجوب انتفاء التهمة عن الشاهد فلا تقبل شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه ، أما سائر القرابات الأخرى فتقبل شهادة بعضهم لبعض ، وذلك ما لم تتوافر لها أسباب التهمة من جر مغنم أو دفع مغرم ، إلا أنه لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يقم قضاءه على وجود قرابة بين الطاعن وبين أحد شاهديه ، إنما جل ما ذهب إليه هو اطمئنانه إلى أقوال شهود الإثبات دون شهود النفى ، وذلك فى نطاق ما لقاضى الموضوع من سلطة تقدير الدليل والترجيح بين البينات ، فإن ما ينعاه على الحكم فى هذا الخصوص يكون على غير أساس .(الطعن رقم ٣٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٤).

<u>كيفيــة شهــادة الأخــرس :</u>

تنص المادة (٨٣) من قانون الإثبات على أنه :

من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة

يتضح لنا من النص أن الأخرس يصح له أداء الشهادة أو حلف اليمين عن طريق الكتابة إذا كان يعرفها ، فيتعين على القاضى أن يسأله عما إذا كان يعرف بالكتابة أم لا ، فإذا كان يعرفها وجه إليه الأسئلة بالكتابة أم لا ، فإذا كان يعرفها وجه إليه الأسئلة بالكتابة ليجب عليها بالكتابة ، أما إذا كان لا يعرفها فيجوز للمحكمة أن تستعين بخبير يعلم بلغه الصم والبكم وذلك ليترجم للمحكمة أقوال الأبكم أو الأخرس ويجوز للخصوم توجيه الأسئلة للشاهد عن طريق هذا الخبير ويجب أن يحلف هذا الخبير اليمين .

ولا تثريب على المحكمة إذ هى لم تستعين بهذا الخبير ولكن من الأجدر الأستعانة به

وفى حالة عدم الاستعانة بهذا الخبير فيعد فهم القاضى لإشارات الشاهد الأخرس مسألة تقديرية ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك .

كيفيــة سمــاع شهــادة الشهـود :

تنص المادة (٨٤) من قانون الإثبات على أنه :

يؤدى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم.

الأمر متروك للسلطة التقديرية للمحكمة فى هذه الحالة فإذا رأت محكمة أول درجة أو المحكمة الأستئنافية بأن سماع الشهود مجتمعين غير مقرف أمام القاضى المنتدب لأنداب أدى إلى خلل جسيم فلها أن تقضى بالبطلان أو تطرح بعض أجوبه الشهود وتأخذ بالبعض الآخر ومن فلا تقضى بالبطلان .

وقد قضت محكمة النقض بأن : سماع المحكمة شهادة شهود مجتمعين غير مفرق بينهم مهما يكن فيه من الخلل فإنه متعلق بقيمة دليل الإثبات ، ويكفى أن يعرض أمره على المحكمة الابتدائية أو المحكمة الاستئنافية ولكل منهما السلطة المطلقة فى تقدير قيمة الدليل المستفاد من شهادة الشهود التى أخذت بها على هذا الوجه والعمل بما تعتقده من صدقها أو عدم صدقها .(نقض ١٩٣١/١٢/٢١ ، مجموعة النقض فى ٢٥ سنة ص٥٥ . قاعدة رقم ٢٦٥).

وتنص المادة (٨٥) من قانون الإثبات على أنه :

"على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه ، ،ان يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم ، ويبين كذلك إن كان يعمل أحدهم ".

المقصود بإدلاء الشاهد هذه البيانات بأن يكون القاضى عالما بمدى علاقة الشهود بالخصوم ن عدمه حتى تتمكن المحكمة من تقدير الشهادة على هدى صلة الشاهد بالخصوم وهل هو متأثرا بشهادته لأحد الخصوم أو متحيزا له من عدمه .

وتخلف إحدى هذه البيانات لا يترتب عليه البطلان .

حلف اليمين أثناء الشهادة طبقا لديانة الشاهد :

تنص المادة (٨٦) من قانون الإثبات على أنه :

على الشاهد ان يحلف يميناً بأن يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة ، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك ".

طبقا لنص هذه المادة فصيغة اليمين هى " أحلف أو أقسم بأن أقوال الحق ولا أقوال إلا الحق وقد ذهب المستشار أحمد نشأت إلى أنه يجب على الشاهد أن يحلف بما يصدق به وأقوى ما يصدق به هو أن يقسم بالله العظيم كما وأنه يحسن بالشارع أن ينص عليه

ولكن قد يوجه الخصم الى الشاهد يمينا غير اليمين القانونية كأن يطلب منه الحلف بالمصحف الشريف أو بولى من أولياء الله فى هذه الحالة يصح للشاهد أن يرفض الحلف ولكن هذا الرفض لا يمنع المحكمة من أن ترى فيه قرينة مضيئة على عدم صدق الشاهد وسنده فى ذلك الحكم الصادر من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض مجموعة القواعد القانونية جزءه جنائيه ١٧٢ تقول فيه المحكمة أنه وإن كان للشاهد إذا ما طلب إليه الحلف بغير اليمين القانونية أن يمتنع عن ذلك إلا أن هذا لا يمنع المحكمة من أن تعد الامتناع قرينة على عدم صدق الشاهد فى أقواله فإذا كانت المحكمة قد رأت فى عدم اجابة الشاهد والدة المجنى عليه الى ما طلبت من الحلف على المصحف ما يدعو الى عدم تصديقه فأنها لا تكون قد خالفت القانون فى شئ. (أحمد نشأت).

وإذا فات المحكمة أن تحلف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة ثم أدركت ذلك بعد إدلائها بها فحلفته اليمين على أنه إنما شهد الحق ، فتعويلها على هذه الشهادة لا عيب فيه .(نقض مدنى ١٩٣٢/١١/١٤ ، مجموعة النقض فى ٢٥ سنة ص٥٣ق رقم ٢٤٦).

ويؤدى الشاهد اليمين مرة واحدة وعلى ذلك فليس هناك مبرر لإعادة تحليفه إذا رأت المحكمة استيضاحه عن أمور متعلقة بما سبق أن شهد به ، او عن وقائع جديدة حتى ولو كان ذلك فى جلسة أخرى غير الجلسة التى حلف فيها اليمين .(نقض ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٠ ، المرجع السابق ص٥٣ قاعدة رقم ٢٥٥)

والعبرة بالشهادة التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة حلف اليمين ولا قيمة لما يقدمه الشهود من اقرارات مكتوبة لأحد طرفى الخصومة .(نقض مدنى ١٩٧٢/٣/٢١ الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ق).

ولا يكفى قيام الشاهد بواجب الشهادة أن يجيب على الأسئلة التى توجه إليه وإنما يجب عليه أن يراعى الصدق فى إجابته وإلا كان مرتكبا لجريمة شهادة الزور وعرض نفسه للعقوبة الجنائية المقررة لشهادة الزور التى يجوز للمحكمة المدنية أن توقعها عليه من تلقاء نفسها عملا بالمادة ٢/١٠٧ من قانون المرافعات .(المذكرة الإيضاحية للقانون السابق).

<u>طرق توجيه الأسئلة للشاهد :</u>

تنص المادة (٨٧) من قانون الإثبات على أنه :

يكون توجيه الاسئلة الى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب ويجيب الشاهد أولا عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن اسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة ".

هذه المادة تنظيميه فقد نظمت مباشرة إجراء التحقيق وبينت كيفية توجيه الأسئلة إلى الشاهد ويكون توجيه جميع الأسئلة عن طريق المحكمة أو القاضى المنتدب وهو يجيب أولا على اسئلة الخصم الذى استشهد به ثم على اسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الأخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة ، فإذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء اسئلة جديدة إلا بأذن المحكمة أو القاضى كما أن لرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة

وتقضى المادة ٧٣ ، بأن التحقيق يستمر إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفى فى الميعاد ، ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع ، وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى ، كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة ، إلا إذا اعفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور .

وتنص المادة (٨٨) من قانون الإثبات على أنه :

إذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضى ".

الحكمة من هذه المادة هو عدم اطالة أمد الاستجواب ولكى يعطى الفرصة للخصم الأخر لأستجواب الشاهد الآخر فمجرد إنتهاء الخصم من أستجواب الشاهد لا يجوز له إبداء إسئلة جديدة ولكن إذا رأت المحكمة من توجيه هذه الأسئلة يعد أنتهاء هذا الأستجواب مصلحة وبأنها مفيدة فى تحقيق أركان العدل فى هذه الدعوى فيجب عليها أن تأذن بأجابة هذه الأسئلة .

وتنص المادة (٨٩) من قانون الإثبات على أنه :

لرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقيقة " .

جعل القانون ولاى عضو من أعضائها الحق فى أن يوجه للشاهد مباشرة وبغير حاجة لاستئذان الرئيس مايراه من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقية وذلك حتى يمكن لاعضاء المحكمة من الاستنارة الكاملة .

وهذه الأحكام السابقة كلها أحكام توجيهيه ارشادية تستعين بها المحكمة أو القاضى المنتدب على إدارة دقة التحقيق ولكن القانون لم يرتب على مخالفة أغلبها أى جزاء ومع ذلك فإن مخالفتها من شأنها أن تعيب التحقيق وأن تعيب تبعا لذلك ما استنبطته المحكمة من دلائل وأدلة .(إنظر المذكر التفسيرية للقانون السابق والدكتور عبد الوهاب العشماوى – الإثبات) .

والذى يتبع عملا هو أن رئيس الدائرة بوجود الأسئلة إلى الشاهد ثم يستفسر من العضو اليمين وكذا الشمال إذا كانوا يريد توجيه أن أسئلة أم لا .

وتنص المادة (٩٠) من قانون الإثبات على أنه :

تؤدى الشهادة شفاها ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضى المنتدب . وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى ".

وطبقا لهذه المادة يجب أن تؤدى الشهادة شفاها أمام المحكمة أو القاضى المنتدب ذلك أن مظهر الشاهد وهو يؤدى الشهادة شفاها أمام المحكمة إنما يكشف عن صدقة أو كذبة وفى هذا ما يساعده القاضى على تقدير شهادته ، ولكن يجوز للمحكمة أو القاضى المنتدب أن يأذن للشاهد بتلاوة شهادته من مذكرة مكتوبة ، إذا اقتضى الأمر ذلك ، كما إذا كانت الشهادة تتناول معلومات علمية أو فنية ، أو كانت منصبة على تواريخ أو أرقام لا تعيها الذاكرة ، فيجوز السماح له بمراجعة مذكراته وهذه بطبيعة الحال مسألة متروكة لتقدير القاضى حسبما يبين له من ظروف الدعوى . وتؤدى الشهادة بالغة الرسمية للبلاء وهى اللغة العربية وإذا كان الشاهد لا يعرف اللغة العربية إستعانت المحكمة بمترجم ينقل شهادته إليها يعد حلف اليمين .(إنظر نقض جنائى ١٩٥٤/٦/٥ مجموعة الخمسة والعشرين سنة الجنائية ص٥٩ رقم ٢٤٧ وإدوارد عيد - المرحع السابق).

<u>يجب إثبات شهادة الشاهد في محضر الجلسة ويتم توقيعه عليه:</u>

تنص المادة (٩١) من قانون الإثبات على أنه :

تثبت إجابات الشهود فى المحضر ، ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها ، وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر ".

تثبت إجابات الشاهد فى المحضر ، ثم تتلى عليه ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها ، فإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر.

وكذلك إذا لم يذكر الشاهد سبب امتناعه عن التوقيع فيجب أن يبين فى المحضر أن الشاهد قد امتنع دون ان يذكر سببا .

ولا يترتب على امتناع الشاهد عن التوقيع فى محضر التحقيق إطراح شهادته ، ولكنها تخضع لتقدير المحكمة كأى شهادة أخرى فلها أن تأخذ إذا اطمأنت إليها .

راجع شرح المادة ٩٣ من هذا القانون .

وتنص المادة (٩٢) من قانون الإثبات على أنه :

تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ، ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه ".

يجوز للشاهد بعد أداء شهادته أن يطلب إلى المحكمة أو القاضى المنتدب تقدير مصروفات حضوره وتعويضا مقابل تعطيه سواء كان حضر للشهادة بعد تكليفه رسميا أو بدون تكليف ، وتجيبه المحكمة أو القاضى إلى طلبه بإصدار أمر تقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاء دون انتظار للفصل فى القضية ، وإذا وفى هذا الخصم المصروفات والتعويض المذكورين ، يكون له إذا كسب الدعوى وحكم له بالمصروفات الرجوع بها على الخصم الذى خسر الدعوى وإلزامه بالمصروفات .(إنظر المستشار سمير البغال – المرجع السابق).

<u>مشتمــلات محضــر التحقيــق :</u>

تنص المادة (٩٣) من قانون الإثبات على أنه :

يشمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التى استغرقها.

(ب) أسماء الخصوم والقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(جـ) أسماء الشهود وألقابهم وصناعتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .

(د) ما يبديه الشهود وذكر تحليفهم اليمن .

(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها وما نشا عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب .

إذا استند القاضى فى حكم أصدره على محضر جلسة لم يكتب بواسطة الكاتب أو لم يوقع منه مع القاضى كان الحكم مبنيا على إجراء باطل وهذا البطلان متعلقا بالنظام العام .

والعبرة فى إثبات إجراءات نظر الدعوى بما هو ثابت بمدونات الحكم وكذا محاضر الجلسات وفى عبارة محكمة النقض " من المقرر أن العبرة فى خصوص إثبات إجراءات نظر الدعوى بما هو ثابت منها بمدونات الحكم ومحاضر الجلسات " (١٩٨٥/٢/٥ طعن ٢٠٣٦ لسنة ٥٠ق – م نقض م – ٣٦ – ٢١٠).

والصفة الرسمية لمحضر الجلسة لا تكتمل إلا إذا وقع القاضى على محضر الجلسة ويكون الحكم باطلا إذا اصدر إستنادا إلى محضر لم يوقع من القاضى وقد قضت محكمة النقض بأن: النص فى المادة ٩٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وفى المادة ٢٥ من قانون المرافعات يدل على ان المشرع أوجب أن يكون محضر التحقيق الذى يباشر من القاضى موقعا منه وإلا كان باطلا ، لأن هذا المحضر بإعتباره وثيقة رسمية لا يعدو أن يكون من محاضر جلسات المحكمة وهو بهذه المثابة لا تكتمل له صفته الرسمية الا بتوقيع القاضى ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر استنادا الى محضر تحقيق لم يوقع من القاضى الذى باشره يكون مبنيا على إجراء باطل وهو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به فى اية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض بل أن لهذه المحكمه ان تثيره من تلقاء نفسها . لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على ملف الاستئناف رقم ١٠٠ لسنة ٣٢ المنصورة المنضم للطعن أن محضر التحقيق المؤرخ ١٩٨٤/١/٢١ والذى تضمن أقوال شهود الطرفين قد خلا من توقيع السيد المستشار المنتدب للتحقيق ، وإذ كان الحكم المطعون فيه الصادر بجلسه ١٩٨٤/٤/٢٢ قد أقام قضاءه على سند من أقوال شاهدى المطعون ضدها الولى اللذين سمعا بمحضر التحقيق سالف الذكر فإنه يكون باطلا لا بتنائه على إجراء باطل بما يوجب نقضه .(١٩٨٥/١/٣٠ طعن ١٦٣٧ سنة ٥٤ق – م نقض م – ٣٦ – ١٧٦).

وقد قصد المشرع بتحديد البيانات الواردة فى المادة ٩٣ هو أن يكون محضر المحكمة أو القاضى مشتملا على بيان واف بظروف التحقيق وحالاته ، لتتمكن المحكمة من استخلاص وجه الحكم منها بما يطابق الحقيقة وقواعد القانون ، وذلك يتعين على المحكمة أن تثبت بمحضر التحقيق نص الأقوال والإجابات التى يدلى بها الشاهد ، كما نطق بها دون التصرف فيها بالتلخيص أو الاختصار وإلا كان الحكم الذى يستند لأقوال شهود على هذا النحو مشوبا بالبطلان ، ويجوز لمن أضير من هذا الإجراء أن يدفع به

ويتعين التوقيع على محضر الجلسة من كل من القاضى وكاتب الجلسه ، بحيث إذا خلا من توقيع احدهما كان باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ولا يقتصر الحكم على محاضر جلسات المرافعة فى الدعوى وانما يشمل كل اجراءات الدعوى كالمعاينة أو الاطلاع حيث تتم خارج المحكمة إذ يتعين ان يدون ذلك فى حينه فى محضر يحرره ويوقع عليه الكاتب مع القاضى ولا يغنى عن توقيع المحضر على هذا النحو اقرار القاضى أو الكاتب بأن المحضر تحرر بخط الأخير فى حضور الأول . وإذا صدر الحكم مستندا إلى محضر جلسه لم يكتب بواسطه كاتب الجلسه أو لم يوقع منه أو من القاضى كان الحكم مبنيا على اجراء باطل بطلانا متعلقا بالنظام العام .(المستشار كمال عبد العزيز).

وإذا اشتمل محضر التحقيق على عدة أوراق منفصلة فيكفى التوقيع على الورقة الأخيرة شريطة أن تكون متصلة بما سبقتها وقد قضت محكمة النقض بأن : " عددت المادة ٩٣ من قانون الإثبات الصادر بالقانون الإثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨البيانات التى يجب اشتمال محضر التحقيق عليها ، ولم تستلزم – وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة – ذكر اسم القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب واكتفت بتوقيع كل منهما على هذا المحضر وإذا حرر محضر التحقيق على أوراق منفصلة اشتملت الأخير منها على جزء من التحقيق واتصل بها القرار الصادر بإحالة الدعوى إلى المرافعة ثم توقع عليها من القاضى المنتدب بتحقيق والكاتب فإن التوقيع على هذه الورقه يعتبر توقيعا على محضر التحقيق والقرار مما يتحقق به غرض الشارع فيما استعرضه من توقيع القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب على محضر التحقيق ولا يكون هذا المحضر باطلا ".(١٩٨٥/١١/٢٠ طعن ٤٩٥ سنة ٥٢ق – م نقض م – ٣٦ – ١٠٢٢).

ويعد رول الجلسة مكملا لمحضر الجلسة فى خصوص ما أثبت فيه دخلا محضر الجلسة مادام لا يتعارض معه وقد قضت محكمة النقض بأن : ولئن كان محضر الجلسة يعتبر ورقة رسمية يعول عليها فى إثبات ما يدور بالجلسة ويقع فيها وما يدلى به الخصوم من دفوع واوجه دفاع ولا يقبل انكار أو إثبات ما يخالف ما ورد به الا بطريق الطعن عليه بالتزوير طبقا لنص المادة ١١ من قانون الإثبات ، إلا إذا اغفل محرره إثبات بيان ادلى به إثناء نظر الدعوى واثبته القاضى بالرول الخاص به فإنه يعتبر مكملا لمحضر الجلسة فى خصوص ما إثبت فيه وخلا منه محضر الجلسة مادام لا يتعارض معه ، لما كان ذلك وكان البين من محضر جلسه ١٩٨١/٥/١٠ امام محكمة اول درجه انه تضمن اثبات حضور الأستاذ ...... عن الأستاذ ....عن الطاعنة بتوكيل لم يدون كاتب الجلسه رقمه وترك لذلك مساحة فارغة اثبت بعدها طلب الوكيل تأجيل نظر الدعوى للاطلاع وإذ كان الثابت بالأوراق أن السادة قضاه محكمه أول درجه قد دون كل منهم فى الرول الخاص به رقم هذا التوكيل مما مفاده ان خلو محضر الجلسه من إثبات هذا الرقم وتركه المساحة التى كان مفروضا أن يدون بها خالية كان من قبيل القصور عن ملاحقة ما يدلى به الخصوم ووكلاؤهم ، ولما كان هذا البيان الوارد برولات السادة القضاه لا يتعارض مع البيانات الاخرى الثابته فى محضر الجلسه المذكور فإن هذه الرولات تكون مكملة له اثبات سند وكالة الحاضر عن الطاعنة أمام محكمه أول درجة (١٩٨٧/١١/٣٠ طعن ١٧٩٦ سنة ٥٣ق – م نقض م – ٣٨ –١٠٣٤ – ١٩٨٠/٤/١٩ –م نقض م – ٣١ –١١٤٤ –١٩٨٧/١١/٠ طعن ١٧٩٧ سنة ٥٣ق) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن : إغفال إثبات قرار المحكمة بإعادة الدعوى للمرافعة بمحضر الجلسة لا يترتب عليه البطلان طالما اثبت هذا القرار بورقه الجلسة التى يحررها القاضى بخطه (الرول) وتحقق بمقتضاه وتنفيذا له استئناف السير فى الخصومة بعد اقفال باب المرافعه فى الدعوى وذلك بدعوة طرفيها للاتصال بها بإعلان صحيح .(١٩٨٩/٤/٢٧ طعن ٢٥٤٥ سنة ٥٦ق).

والملاحظ أن عدم إثبات أقوال الشاهد بمحضر التحقيق من شأنه أن تتخلف به الغاية الى هدف إليها المشرع من تدوينها بهذا المحضر ويترتب عليه وجوب إستبعاد شهادته وعدم التعويل عليها عند تقرير أقوال الشهود وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كان المشرع قد فرق فى الإثبات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بين الدليل وإجراءات الدليل فى مسائل الأحوال الشخصية فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، وكان النص فى المادة ٩١ من قانون الإثبات الذى حل محل قانون المرافعات فى تنظيم الأحكام الإجرائية للإثبات على أن تثبت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر ، وفى المادة ٩٣ منه على أن " يشمل محضر التحقيق على البيانات الآتية : (أ) .. (ب) .. (ج) ..(د).. ما يبديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين .(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم ومن يتولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال ...(و) توقيع الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .(ز) ..(ح) .. " يدل على أن المشرع أوجب أن يثبت بمحضر التحقيق نص الأقوال والإجابات التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة دون التصرف فيها بالتلخيص أو بالاختصار لتكون هذه الشهادة المدونة بالمحضر مطروحة تحت نظر الخصوم لمناقشتها وتحت بصر المحكمة لتقول كلمتها فيها عند الفصل فى الدعوى ولتمكين المحكمة الأعلى درجة الرجوع إليها عند الحاجة إلى إعمال رقابتها على صحة استخلاص الواقع من أقوال الشهود والالتزام بما يؤدى إليه مدلولها ، ومن ثم فإن عدم إثبات أقوال الشاهد بمحضر التحقيق من شأنه أن تتخلف به الغاية الى هدف إليها المشرع من تدوينها بهذا المحضر ويترتب عليه وجوب استبعاد شهادته وعدم التعويل عليها عند تقرير أقوال الشهود . لما كان ذلك وكان البين من محضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن القاضى المحقق سمع بينة المطعون عليها وهى شهادة رجل وامرأتين إلا أنه لم يثبت بالمحضر أقوال الشاهدة الثانية .. واكتفى بالقول بأنها قررت بما قررته الشاهدة الأولى وهو ما لا يصلح سند لإثبات شهادتها بالمحضر وتقدير دلالتها شرعا ولا يتحقق به غرض المشرع من إجراءات الإثبات التى حتمت تدوين الشهادة بالمحضر ، وكانت المرأة الثانية لم تثبت لها شهادة بمحضر التحقيق على النحو الذى استلزمه قانون الإثبات فلا يعتد بها فى حساب نصاب البينة الشرعية وكانت البينة فى خصوص التطليق للضرر وفق مذهب الحنفية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ومن يكون نصاب البينة غير مكتمل شرعا إذ لا يبقى منها – بعد استبعاد شهادة المرأة الثانية – إلا شطرها المتمثل فى اقوال رجل وامرأة واحدة ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد عول على البينة المشار إليها فى قضائه بتأييد الحكم الابتدائى بالتطليق ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .(نقض ٨٨/٣/١٥ سنة ٣٩، الجزءالأول ص٣٩٥).

الحالة التي يجوز فيها الاطلاع على محضر التحقيق :

تنص المادة (٩٤) من قانون الإثبات على أنه :

" إذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ، ولم تكون المرافعة قد تمت فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود كان للخصوم الحق فى الإطلاع على محضر التحقيق.

إذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها الشهود كان للخصوم الحق فى الاطلاع على محضر التحقيق حتى يتسنى لهم الاستعداد فى الدعوى والوقوف على ما قد يكون شاب التحقيق من أوجه بطلان لأثارتها أمام المحكمة ولإبراز ما ورد فى التحقيق من أقوال تؤيد وجهة نظرهم .

تحديد أقرب جلسة بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد له :

تنص المادة (٩٥) من قانون الإثبات على أنه :

بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضى المنتدب اقرب جلسة لنظر الدعوى ، ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب"

بمجرد إنتهاء المحكمة من اجراء التحقيق أو انقضى الميعاد المحدد لإتمامه كان عليها أن تبحث نتيجة التحقيق بعد سماع أقوال طرفى الخصومة لاستخلاص وجه الحكم فى الدعوى وبحثها هذا يتناول مسألتين :

أولا : أوجه بطلان التحقيق التى يقدمها لها الخصوم .

ثانيا : فحص شهادة الشهود وتقديرها لاستخلاص الحكم فى موضوع الدعوى.

وبالنسبة للمسألة الأولى فإن على المحكمة فإن على فى فحصها أوجه البطلان فى التحقيق أن تراعى ما نص عليه القانون فى الأحكام الخاصة بالإثبات بالشهادة فإن لم يرد نص صريح بالبطلان فأنها ترجع إلى القواعد العامة فى البطلان وبالنسبة للمسألة الثانية وهى فحص شهادة الشهود لتكون إعتقادها الذى يمكنها من الحكم فى موضوع النزاع .(العشماوى – المرجع السابق).

وقد قضت محكمة النقض بأن :البطلان المترتب على عدم إعلان أحد الخصوم بمنطوق حكم التحقيق مقرر لمصلحته وله وحدة التمسك به .(نقض ١٩٦٧/١/٥ سنة ١٨ ص٩٢). وبأنه " متى كان الثابت أن الإجراءات المدعى ببطلانها قد تمت أمام محكمة أول درجة . ولم تتمسك الطاعنة بهذا البطلان أمام محكمة الأستئناف . وكان هذا البطلان ليس مما يتعلق بالنظام العام ، فإنه لا يقبل من الطاعنة أن تتحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض .(نقض ١٩٧٦/١/١٩ سنة ٢٧ ، العدد الأول ص٣٤٠).

وبأنه نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين من قانون المرافعات من أنه يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذه مفاده أنه قد أجيز بمقتضاه تصحيح الإجراء الباطل من إجراءات المرافعات وذلك بتكملة البيان أو الشكل أو العنصر المعيب فيه بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذه وهو لا يعنى تصحيح البطلان ، وإنما يعنى إعادة العمل الإجرائى الباطل أى إحلال عمل إجرائى جديد صحيح محل العمل المعيب وهو قد يرد على كامل هذا العمل كما يرد على الشق المعيب منه لتتوافر فيه جميع مقتضياته القانونية فيكون غير معيب إلا أن أثاره لا تسرى إلا من تاريخ القيام به إذ أن التجديد ليس له أثر رجعى وتسرى تلك القاعدة سواء كان التجديد اختياريا أم إجباريا ، ويتعين أن يتم التصحيح فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها الإجراء محله .(نقض ١٩٩٨/٢/٢٥ ، طعن رقم ٨٤١٢ لسنة ٦٦ق).وبأنه " متى تم النزول عن البطلان النسبى صراحة أو ضمنا فإنه يقع باتا فلا يجوز العدول عنه أو التحلل من آثاره .(نقض ١٩٧٧/٣/١٦ سنة ٢٨ ، العدد الأول ص ٦٩٧). وبأنه" عدم جواز التمسك ببطلان الإجراء من الخصم الذى تسبب فيه – وفقا لنص المادة ٢١ من قانون المرافعات – قاصر على حالة بطلان الإجراء غير المتعلق بالنظام العام ، أما إذا كان بطلان الإجراء متعلقا بالنظام العام أو كان الإجراء معدوما فإنه لا يترتب أثرا ، ويجوز لهذا الخصم التمسك بانعدام آثاره فى جميع الأحوال. (نقض ١٩٨٧/٤/٢٤ سنة ٢٩ ، العدد الأول ص١٠٨٨).وبأنه" إذ كانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات القائم لا ترتب البطلان بغير نص صريح إلا إذا شاب الإجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه ، وكان النص فى المادة ٧٥ من قانون الإثبات رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم هو نص تنظيمى لا يترتب البطلان على مخالفته ،فيعتد بالتحقيق الذى يتم بعد انتهاء الميعاد ، طالما سمع شهود الطرفين وتحققت الغاية من الإجراء " (نقض ٧٦/٣/١٠ سنة ٢٧ ، العدد الأول ص٩٥٢). وبأنه" تصحيح الإجراء الباطل . وجوب إتمامه فى ذات مرحلة التقاضى التى اتخذ فيها هذا الإجراء . البطلان الناشئ من عدم توقيع محام على صحيفة افتتاح الدعوى امتناع تصحيحه أثناء نظر الاستئناف "(نقض ١٩٧٦/٢/٢ سنة ٢٧ص ٣٥٦). وبأنه" مفاد نص الفقرة الأولى من الماة ٧٣ من قانون الإثبات أنه وإن الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات ، إلا أن ليس أمرا حتميا يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق ، فلها أن ترجئ سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع ، وتقدير المانع يدخل فى نطاق سلطة المحكمة الموضوعية بلا معقب عليها "(نقض ١٩٧٦/٢/٢٥ سنة ٢٧ ، العدد الأول ص٥٠٧). وبأنه" سماع شهود الطرفين بعد انتهاء ميعاد التحقيق . لا بطلان . الاعتداد بهذا التحقيق . لاخطأ "(نقض ١٩٩٣/٢/١٨ الطعن رقم ٩٤٨ لسنة ٥٧ق).

وبأنه الأصل فى الإجراءات أن تكون قد روعيت . البطلان المترتب على عدم إعلان من لم يحضر من الخصوم عند إعادة الدعوى للمرافعة . عدم جواز التمسك به إلا ممن شرع البطلان لمصلحته . م ٢١ مرافعات "(نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ سنة ٢٧ ، العدد الثانى ص١٦٢٧). وبأنه" مؤدى نص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات أن الإجراء يعتبر صحيحا رغم ما قد يعتريه من أوجه البطلان غير المتعلق بالنظام العام ، طالما أن الدفع بهذا البطلان لم يتمسك به صاحب المصلحة فيه فى الوقت الذى حدده القانون "(نقض ١٩٧٧/٤/٥ سنة ٢٨ ص٩٠٩ ، العدد الأول). وبأنه" لا تجيز الفقرة الأولى من المادة ٢١ من قانون المرافعات التمسك بالبطلان إلا لمن شرع لمصلحته ، وإذا كان الثابت من محضر جلسة التحقيق أمام محكمة أول درجة أن الطاعن الثانى لم يتمسك بعدم إعلانه بحكم الإحالة للتحقيق . وإنما أبداه غيره ، فإن تحديه بذلك يعتبر سببا جديدا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض "(نقض ١٩٧٦/٣/١٠ سنة ٢٧ العدد الأول ص٥٩٢). وبأنه" الشكل أو البيان وسيلة التحقيق غاية . ثبوت تحققها أثره . عدم جواز القضاء بالبطلان م٢٠ مرافعات . التعرف على الغاية . مسألة قانونية . وجوب التزام المحكمة حكم القانون بشأنها . عدم كفاية مجرد القول بتحققها أو تخلفها دون تسبب سائغ "(الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/١١/١٧).

دعـــوى سمـــاع شـــاهـــد :

تنص المادة (٩٦) من قانون الإثبات على أنه :

يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد.

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة الى قاضى الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود ".

ما يشترط لأجابة طلب التحقيق بدعوى أصلية :

أولا : يشترط لأجابة طلب التحقيق بدعوى أصلية الا يكون الموضوع المراد الاستشهاد به لم يعرض بعد أمام القضاء ومحتملا عرضه عليه . ومن ثم إذا كان الموضوع معروضا فعلا أن يلجأ إلى المحكمة المعروض عليها النزاع وأن يطلب إليها إحالة الدعوى للتحقيق لسماع الشاهد .(إنظر عكس ذلك أبو الوفا حيث ذهب إلى أن هذه المادة تقرر جواز الالتجاء الى القضاء برفع دعوى أصلية بطلب سماع شاهد ولو كان ذلك قبل عرض موضوع النزاع على القضاء ، وإنما هذا لا ينفى بطبيعة الحال جواز الالتجاء الى القضاء المستعجل بطلب سماع الشاهد إذا كانت الدعوى الموضوعية قد رفعت بالفعل الى القضاء عملا بالمادة ٤٥ التى لا تنفى اختصاص القضاء المستعجل ولو رفعت الدعوى الموضوعية

وتبدو اهمية الالتجاء الى القضاء المستعجل فى هذه الحالة إذ كان الشاهد مقيما فى غير دائرة اختصاص المحكمة التى تنظر الموضوع فهنا يختص القاضى المستعجل المطلوب حصول الاجراء فى دائرته عملا بالمادة ٥٩ من قانون المرافعات .

ثانيا : أن يتحقق قاضى الأمور المستعجلة من توافر حالة الضرورة من ظاهر المستندات المقدمه وأن خشية الخصم من فوات فرصة الاستشهاد بالشاهد جدية وفى محلها لأحتمال أن يظهر مستقبلا ما يستحيل معه سماع شهادته.

كما لو تعلق الأمر بشاهد أستدعى للتجنيد أثناء الحرب أو شاهد على وشك الهجرة ولأن أجل الذين لم يحل بعد (إنظر ولى فى الوسيط فى القضاء المدنى) والمرجع فى تقدير حالة الضرورة هو قاضى الأمور المستعجلة .

والملاحظ أن سماع الشاهد بناء على طلب المدعى ينشئ للمدعى عليه حالة قلق شديد يؤثر فى نفسيته مما يقتضى حتما تحقيقا لحسن سير العدالة أن يكون له على الفور الحق فى سماع شهوده لنفى ذات الواقعة عملا بالمادة ٦٩ من قانون الإثبات ولو لم تتوافر لشاهده المقررة فى المادة ٩٦(أبو الوفا) وإذا أمر القاضى المستعجل بسماع شهود المدعى فلا يعتبر ذلك قضاء منه بأن الواقعة المراد إثباتها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود فهى مسألة موضوعية تخرج عن اختصاص القاضى المستعجل ، فيجوز للمدعى عليه عند طرح النزاع أمام محكمة الموضوع أن يدفع بعدم جواز إثبات الواقعة المدعى بها إلا بالكتابة ، وفى هذه الحالة لا يتقيد قاضى الموضوع بالحكم المستعجل لأنه قرار بإجراء وقتى لا يجوز حجية الأمر المقضى أمام محكمة الموضوع .

ويتحدد اختصاص قاضى الأمور المستعجلة محليا بنظر دعوى التحقيق الأصلية بموطن المدعى عليه طبقا لنص المادة ٥٩ المرافعات ولا شأن لموطن الشاهد الذى يطلب سماع شهادته فى تحديد الاختصاص ، إذا أن هذا الأخير ليس خصما فى الدعوى .

كما أن هذه الدعوى ترفع بالطريق المعتاد لرفع الدعوى أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وفق ما نصت عليه المادة ٦٣ مرافعات ، وتنعقد الخصومة بحضور المدعى عليه حتى ولو لم يعلن بالصحيفة وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٨ مرافعات معدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

ويتعمل رافع هذه الدعوى مصروفاتها ولا يجوز لقاضى الموضوع أن يلزم المدعى عليه بمصروفات هذه الدعوى فى حالة حصول المدعى على الحكم لصالحه وذلك لأن المدعى هو الذى رفع الدعوى المستعجلة وتعجل فى رفعها قبل أوانها .(إنظر فى ذلك كله محمد عبد اللطيف والعشماوى والدناصورى وعكاز).

ثالثا : أن تكون الواقعة المراد الأستشهاد عليها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود . (إنظر ما سبق شرحه).

تحقيـــق النـفـــى :

هل يملك الخصم الآخر طلب سماع شاهد لنفى الواقعة على الفور أمام القاضى المستعجل ، عملا بالأصل العام المقرر فى المادة ٦٩ .

مما لا شك فيه أن سماع الشاهد بناء على طلب المدعى ينشئ للمدعى عليه حالة قلق شديد يؤثر فى نفسيته مما يقتضى حتما تحقيقا لحسن سير العدالة أن يكون له على الفور الحق فى سماع شهوده لنفى ذات الواقعة عملا بالمادة ٦٩ من قانون الإثبات ، ولو لم تتوافر بالنسبة لشاهده الشروط المقررة فى المادة ٩٦ .

أما ما تقرره المادة ٩٧ من جواز سماع شهود النفى أمام محكمة الموضوع فذلك محله عن عدم الاستماع الى هؤلاء أمام القاضى المستعجل .

وتنص المادة (٩٧) من قانون الإثبات على أنه :

لا يجوز فى هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود ، ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفى لمصلحته

لما كان المراد هو المحافظة فقط على الدليل من الضياع ، فإن المشرع لم يجز الاحتجاج بشهادة الشاهد الا حين يرفع الموضوع الى القضاء وترى محكمة الموضوع ان الواقعة المشهود عليها يجوز إثباتها بشهادة الشهود ، فعندئذ يجوز تسليم صور من محضر التحقيق وتقديمه للمحكمة ويكون للخصم الآخر الاعتراض على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب شهود نفى لمصلحته .

تنص المادة (٩٨) من قانون الإثبات على أنه :

تتبع فى هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص عليه فى المواد ٦٩ ،٧٢، ٧٣، ٧٤ ، ٩٤" .

طبقا لهذا النص فقد أستثنى المشرع من اتباع إجراءات التحقيق تطبيق القواعد المنصوص عليها بالمواد ٦٩ ، ٧٢، ٧٣ ، ٧٤ ، ٩٤ من قانون الإثبات تطبيقا لذلك لا يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يسمع للخصم بنفى ما يثبته المدعى لأن مجال ذلك هو محكمة الموضوع .

القسـم الثـاني : شهادة الشهود في الدعاوي الجنائية

الشهـــادة

<u>تعــريف الشهــادة :</u>

الشهادة هى ما يدلى به الغير من أقوال فى شأن واقعة منتجة فى الدعوى ، بشرط أن يكون ادراكه لما يشهد به قد تم عن طريق احدى حواسه ، وهذه هى الشهادة المباشرة أما الشهادة غير المباشرة فهى الأقوال التى يدلى بها الشخص عن واقعة لم يشهدها بنفسه ، بل يرونها نقلا عن غيره ، وهى ما يطلق عليها شهادة السماع ، أو الشهادة على الشهادة ، وليس فى القانون ما يمنع المحكمة من الأخذ بهذه الشهادة ولو أنكرها من نقلت عنه متى اطمأنت المحكمة الى الأقوال التى نقلت عنه قد صدرت منه حقيقة وأنها تمثل الواقع فعلا ، غير أنه يشترط أن يكون من جرى النقل عنه معلوما ، فلا يجوز للمحكمة أن تؤسس حكمها على شهادة منقولة عن شخص مجهول ، وعلى ذلك فإن ما يدلى به مأمور الضبط القضائى أمام النيابة العامة أو أمام المحكمة ردا على ما يوجه إليه من أسئلة بشأن التحريات التى أجراها ، والتى يقتصر فيها على ترديد ما دونه فى محضر تحرياته لا يعد من قبيل شهادة السماع إذا صرح بأنه استقى معلوماته من مصدر سرى رفض البوح باسمه محافظة على الصلح العام . (انظر الدكتور عوض محمد عوض المرجع السابق ، ونقض ١٩٥٢/١/٢٨ أحكام النقض س٣ ص٤٥٣ رقم ١٧٢ ونقض ١٩٩٠/٣/٢٢ المرجع السابق س٤١ ص٥٤٦ رقم ٩٢) .

وموضوع الشهادة واقعة فلا يجوز أن يكون رأيا أو تقييما أى أنه لا يقبل من الشاهد أن يبدى رأيا فى شأن مسئولية المتهم أو خطورته أو مدى جدارته بالعقوبة فليس ذلك من مهمته ، ولا يشترط أن تكون الشهادة منصبة على نفس واقعة الدعوى فقد تنصب على ملابسات لها تأثيرها فى ثبوت الواقعة أو تقدير العقوبة مثل الشهادة على سمعة المتهم أو حالته الأدبية كما لا يشترط أن ترد على الحقيقة المطلوب اثباتها بأكملها وبجميع تفصيلاتها بل يكفى أن يكون من شأنها أن تؤدى الى تلك الحقيقة باستنتاج سائغ يتلائم به القدر الذى رواه الشاهد مع عناصر الإثبات الأخرى . (الدكتور محمود نجيب حسنى والدكتور رؤوف عبيد) .

ويسمع قاضى التحقيق شهادة الشهود الذين يطلب الخصوم سماعهم ما لم يرد عدم الفائدة من سماعهم .

وله أن يسمع شهادة من يرى لزوم سماعه من الشهود عن الوقائع التى تثبت أن تؤدى الى ثبوت الجريمة وظروفها واسنادها الى المتهم أو براءته منا . (م١١٠ اجراءات جنائية) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : إن المشرع قد ترك لقاضى لتحقيق سلطة التقدير فيمن يرى لزوما لسماع اقواله من الشهود الذين يطلب الخصوم سماعهم ومن لا يرى فى سماعهم فائدة . (نقض جلسة ١٩٥٣/٣/٣ س٤ ص٥٩٠) .

ويجوز سماع المدعى بالحق المدنى كشاهد ، على أن يحلف اليمين . (م٥٢٨ من التعليمات العامة للنيابات) .

وللمدعى بالحق المدنى أن يطلب الى المحقق سماع شهود فى الدعوى ، ويجوز له إبداء ملاحظاته على أقوال الشاهد بعد الانتهاء من سماعها ، وأن يطلب سماع أقوال هذا الشاهد على نقط أخرى لم يثبتها .

وللمحقق دائما أن يرفض توجيه أى سؤال ليس له تعلق بالدعوى ، أو يكون فى صيغته مساس بالغير . (م٥٢٩ من التعليمات العامة للنيابات) .

وتقوم النيابة العامة بإعلان الشهود الذين يقرر قاضى التحقيق سماعهم ، ويكون تكليفهم بالحضور بواسطة المحضرين ، أو بواسطة رجال السلطة العامة.

ولقاضى التحقيق أن يسمع شهادة أى شاهد يحضر من تلقاء نفسه ، وفى هذه الحالة يثبت ذلك فى المحضر . (م١١١ اجراءات جنائية) .

ويسمع القاضى كل شاهد على انفراد ، وله أن يواجه الشهود بعضهم ببعض وبالمتهم (م١١٢ اجراءات جنائية) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : أن تعرف الشهود على المتهم ليس من اجراءات التحقيق التى يوجب القانون لها شكلا خاصا ، فإذا كان وجه الطعن يرمى الى القول بأن عملية التعرف لم تجر على وجه فنى فإنه لا يكون له محل . (نقض جلسة ١٩٤٨/١٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية ج٧ ص٧٠١) . وبأنه " إن خلو التحقيق الابتدائى من مواجهة الطاعنة بالشاهد وبباقى المتهمات لا يترتب عليه بطلانه ، بل يكون لها أن تتمسك لدى محكمة الموضوع بما قد يكون فى هذا التحقيق من نقص حتى تقدره المحكمة وهى على بينة من أمره كما هو الشأن فى سائر أدلة الدعوى ، ولما كانت الطاعنة قد اقتصرت على الدفع ببطلان التحقيق الابتدائى دون أن تطلب من المحكمة مواجهتها بباقى المتهمات أو بشاهد الإثبات ، وكان ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من رفض الدفع سديدا فى القانون فإن ما تثيره فى هذا الصدد لا يكون له محل " (الطعن رقم ١١١٧ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٢/١٢/١١ س٢٣ ص١٣٦٧) . وبأنه " من المقرر أن تعرف الشاهد على المتهمين ليس من اجراءات التحقيق التى يوجب القانون لها شكلا خاصا " (الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٦/١١/٧ س٢٧ ص٨٣٩) .

وبأنه ليس ثمة ما يحول بين المحقق أو المحكمة وإدراك معانى اشارات الأبكم والأصم بغير الاستعانة بخبير ينقل إليها معانى الإشارات التى يوجهها المتهم ردا على سؤاله عن الجريمة التى يجرى التحقيق معه فى شأنها أو يحاكم من أجلها مادام أنه كان باستطاعة المحقق أو المحكمة تبين معنى تلك الإشارات ولم يدع المتهم فى طعنه أن ما فهمه المحقق أو المحكمة منها مخالف لما أراده " (الطعن رقم ٧ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٦٦/٤/١٩ س١٧ ص٤٥٥) . وبأنه " من المقرر أن العبرة فى الأحكام هى بإجراءات المحاكمة وبالتحقيقات التى تحصل أمام المحكمة ، ولما كان ما ينعاه الطاعن بقالة الفساد فى الاستدلال والاخلال بحقه فى الدفاع لإغفال عرضه على شاهد الاثبات وعدم مواجهته بالمتهمين الأول والثالث مردودا بأنه لا يعدو أن يكون تعييبا للتحقيق الذى جرى فى المرحلة السابقة على المحاكمة بما لا يصح أن يكون سببا للطعن على الحكم ، وكانت المحكمة قد اطمأنت الى أن الطاعن هو المعنى بأقوال شاهد الإثبات والمتهمين المذكورين ، فإن ما يثيره فى هذا الصدد ينحل فى حقيقته الى جدل موضوعى مما لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ١١٣ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٣/٣/٢٦ س٢٤ ص٤٢٧) . وبأنه " أن القانون لا يرتب البطلان إلا على قيام المحقق فى جناية بمواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود دون أن يتبع الضمانات المنصوص عليها فى المادتين ١٢٤ ، ١٢٥ من قانون الاجراءات الجنائية بدعوة محامى المتهم للحضور إن وجد والسماح له بالاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على المواجهة ما لم يقرر المحقق غير ذلك " (الطعن رقم ٥٤ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٨ س٢٠ ص٥٧٨) . وبأنه " لم يرسم القانون للتعرف صورة خاصة يبطل إذا لم يتم عليها فمن حق محكمة الموضوع أن تأخذ بتعرف الشهود على المتهم ولو لم يجر عرضه فى جمع من اشباهه مادامت قد اطمأنت إليه ، إذ العبرة هى باطمئنان المحكمة الى صدق الشهود أنفسهم "

إذا اقتضى التحقيق عرض المتهم على المجنى عليه أو أخذ الشهود للتعرف عليه ، فيجب على عضو النيابة المحقق أن يتخذ الاحتياط اللازم حتى لا تتعرض عملية العرض لأى طعن ، ومن ذلك عدم تمكين المجنى عليه أو الشاهد من رؤية المتهم قبل عرضه عليه وتفادى صدور أى عبارة أو حركة أو اشارة قد تيسر التعرف عليه ، واثبات أسماء من استخدموا فى عملية العرض فى المحضر مع بيان سن كل منهم ومحل اقامته وملابسه ويحسن أن يكون هؤلاء فى مثل سن المتهم وشكله بقدر الإمكان ، كما يحسن أن يبدأ المحقق بعرض بشعة أشخاص لا يكون المتهم من بينهم ثم يضعه بعد ذلك بين أشخاص آخرين ويعرضه على المجنى عليه أو الشاهد ، ويتبع ذلك فى كل عملية استعراف تجريها النيابة حتى تكون محلا للثقة والاعتبار . (م٢٣٥ من التعليمات العامة للنيابات) .

ويطلب القاضى من كل شاهد أن يبين اسمه ولقبه وسنه وصناعته وسكنه وعلاقته بالمتهم وتدون هذه البيانات وشهادة الشهود بغير كشط أو تحشير .

ولا يعتمد أى تصحيح أو شطب أو تخريج إلا إذا صدق عليه القاضى والكاتب والشاهد . (م١١٣ اجراءات جنائية) .

ويضع كل من القاضى والكاتب امضاءه على الشهادة وكذلك الشاهد بعد تلاوتها عليه واقراره بأنه مصر عليها ، فإن امتنع عن امضائه أو ختمه أو لم يمكنه وضعه اثبت ذلك فى المحضر مع ذكر الأسباب التى يبديها ، وفى كل الأحوال يضع كل من القاضى والكاتب امضاءه على كل صفحة أول بأول . (م١١٤ اجراءات جنائية) .

وعند الانتهاء من سماع أقوال الشاهد يجوز للخصوم ابداء ملاحظاتهم عليها .

ولهم أن يطلبوا من قاضى التحقيق سماع اقوال الشاهد عن نقط أخرى يبينونها .

وللقاضى دائما أن يرفض توجيه أى سؤال ليس له تعلق بالدعوى ، أو يكون فى صيغته مساس بالغير . (م١١٥ اجراءات جنائية) .

ويجب على كل من دعى للحضور أمام قاضى التحقيق لتأدية شهادة أن يحضر بناء على الطلب المحرر إليه وإلا جاز للقاضى الحكم عليه بعد سماع أقوال النيابة العامة بدفع غرامة لا تجاوز خمسين جنيها ويجوز له أن يصدر أمرا بتكليفه بالحضور ثانيا بمصاريف من طرفه ، أو أن يصدر أمرا بضبطه واحضاره . (م١١٧ اجراءات جنائية) .

وإذا حضر الشاهد أمام القاضى بعد تكليفه بالحضور ثانيا أو من تلقاء نفسه وأبدى أعذارا مقبولة ، جاز اعفاؤه من الغرامة بعد سماع أقوال النيابة العامة ، كما يجوز اعفاؤه بناء على طلب يقدم منه إذا لم يستطيع الحضور بنفسه. (م١١٨ اجراءات جنائية) .

وإذا حضر الشاهد أمام القاضى وامتنع عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين يحكم عليه القاضى فى الجنح والجنايات بعد سماع أقوال النيابة العامة بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه .

ويجوز اعفاؤه من كل أو بعض العقوبة إذا عدل عن امتناعه قبل انتهاء التحقيق . (م١١٩ اجراءات جنائية) .

ويجوز الطعن فى الأحكام الصادرة على الشهود من قاضى التحقيق طبقا للمادتين ١١٧ ، ١١٩ اجراءات جنائية .

وتراعى فى ذلك القواعد والأوضاع المقررة فى القانون . (م١٢٠ اجراءات جنائية) .

وإذا كان الشاهد مريضا أو لديه ما يمنعه من الحضور تسمع شهادته فى محل وجوده ، فإذا انتقل القاضى لسماع شهادته وتبين له عدم صحة العذر الذى جاز له أن يحكم عليه بغرامة لا تجاوز مائتى جنيه .

وللمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم الصادر عليه بطريق المعارضة أو الاستئناف طبقا لما هو مقرر فى المواد السابقة . (م١٢١ اجراءات جنائية) .

ويقدر قاضى التحقيق بناء على طلب الشهود المصاريف والتعويضات التى يستحقونها بسبب حضورهم لأداء الشهادة . (م١٢٢ اجراءات جنائية) .

للمحكمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أن توجه للشهود أى سؤال ترى لزومه لظهور الحقيقة ، أو تأذن للخصوم بذلك .

ويجب عليها منع توجيه أسئلة للشاهد إذا كانت غير متعلقة بالدعوى ، أو غير جائزة القبول ، ويجب عليها أن تمنع عن الشاهد كل كلام بالتصريح أو التلميح وكل اشارة مما ينبنى عليه اضطراب أفكاره أو تخويفه .

ولها أن تمتنع عن سماع شهادة شهود عن وقائع ترى أنها واضحة وضوحا كافيا . (م٢٧٣ اجراءات جنائية) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : وإذا رفضت المحكمة توجيه سؤال تقدم به المحامى عن المتهم الى أحد الشهود ، وكان هذا الرفض على أساس عدم تعلق السؤال بالدعوى وعدم حاجتها إليها فى ظهور الحقيقة فهذا من سلطتها . (نقض جلسة ١٩٤٩/٦/٦ مجموعة القواعد القانونية ج٧ ص٩٠٦) . وبأنه " والأصل فى المحاكمة أن تسمع المحكمة بنفسها أدلة الدعوى اثباتا ونفيا وأن حقها فى الامتناع عن سماع شهود لا يكون إلا حيث تكون الواقعة قد وضحت لديها وضوحا كافيا من التحقيق الذى أجرته وإذن فإذا رفضت المحكمة سماع شهود النفى الذين طلب الدفاع سماعهم وحكمت مقدما على شهادتهم بأنها " لا تقدم ولا تؤخر فى أدلة القضية التى استخلصتها المحكمة من التحقيق وبالجلسة ولا تطمئن المحكمة اطلاقا الى ما قد يشهد به هؤلاء الشهود سواء لصالح المتهم أو ضده فإن ذلك منها ينطوى على اخلال بحقوق الدفاع " (الطعن رقم ٧٣٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٨ س٦ ص١٣٩٢) . وبأنه " لمحكمة الموضوع أن تمتنع عن سماع شهادة شهود عن وقائع ترى أنها واضحة وضوحا كافيا ، ومتى كان الطاعنان لم يعترضا على تلاوة أقوال من لم تسمعه المحكمة من الشهود ولم يتمسكا بسماع واحد منهم فليس لهما أن يعيبا على الحكم عدم سماع شهادة الشهود الذين أمرت المحكمة بتلاوة أقوالهم " (نقض جلسة ١٩٥٤/٥/٢٥ س٥ ص٧١٤) . وبأنه وإذا كان المتهم قد طلب سماع شاهد فردت المحكمة على طلبه هذا بأن الشاهد المطلوب سماعه ضالع فى الجريمة وأنه شاهد نفى وأنها رخصت للمتهم فى اعلان شهود النفى وأجلت القضية مرارا لهذا الغرض فلم يحضروا ، فهذا الذى قالت المحكمة يجعلها فى حل من صرف النظر عن سماع ذلك الشاهد إذ هى رأت أن حضوره لم يكن ضروريا لظهور الحقيقة "

ويكلف الشهود بالحضور بناء على طلب الخصوم بواسطة أحد المحضرين أو أحد رجال الضبط قبل الجلسة بأربع وعشرين ساعة غير مواعيد المسافة ، إلا فى حالة التلبس بالجريمة فإنه يجوز تكليفهم بالحضور فى أى وقت ولو شفهيا بواسطة أحد مأمورى الضبط القضائى أو أحد رجال الضبط ، ويجوز أن يحضر الشاهد فى الجلسة بغير اعلان بناء على طلب الخصوم .

وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تستدعى وتسمع أقوال أى شخص ولو بإصدار أمر بالضبط والاحضار إذا دعت الضرورة لذلك ، ولها أن تأمر بتكليفه بالحضور فى جلسة أخرى .

وللمحكمة أن تسمع شهادة أى إنسان يحضر من تلقاء نفسه لإبداء معلومات فى الدعوى . (م٢٧٧ اجراءات جنائية) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : وإذا كانت المحكمة قد أوردت فى أسباب الحكم من أقوال شهود النفى الذين استشهد بهم فى التحقيقات ما يفيد أنها لم تكن قد أتمت تكوين عقيدتها فى الدعوى وأن الواقعة لم تكن قد وضحت لديها وضوحا كافيا ، بل كانت فى حاجة الى أن تستزيد من الأدلة حتى تقول كلمتها فيها ، وأنه لم يمنعها من ذلك سوى أن المتهم لم يقم بإعلان شهود النفى حتى تتمكن من المناقشة التى تطمئن إليها ، ومع ذلك أدانت المتهم ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، إذ للقاضى الجنائى لا يستدعى ويسمع قول أى شخص يرى لزوما لسماع أقواله ليكشف وجه الحق فى الدعوى بقطع النظر عن اعلانه بمعرفة من يرى المصلحة فى حضوره أو عدم اعلانه ، ويقطع النظر عن التمسك بطلبه أو عدم التمسك به ، ولا يؤثر فى ذلك النظر ما يكون قد استطردت إليه المحكمة من الحكم على الشهادة كما هى واردة بالتحقيقات مادامت هى قد أوردت فى حكمها عن مناقشة شهود النفى ما ذكرته عن تبين الحقيقة والاطمئنان إليها مما يفيد احتمال تغيير رأيها فى حالة سماعها إياهم . (الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٤ س١ ص٥٣٦) . وبأنه " إذا كان الثابت أن المحكمة تولت بنفسها سؤال وكيل النيابة الذى قام بإجراء المعاينة نظرا الى فقد محضرها ، فإن المحكمة بذلك تكون قد استكملت النقص الذى نشأ عن فقد المحضر المذكور على الوجه اذلى ارتأته أخذ بما يجرى به نص المادة ٥٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية " (نقض جلسة ١٩٦٠/١٢/٢٦ س١١ ص٩٤٧) .

يجب أن تؤسس الأحكام الجنائية على التحقيقات الشفوية التى تجريها المحكمة بجلسة المحاكمة فى مواجهة المتهم وتسمع فيها الشهود مادام سماعهم ممكنا ، ولما كان تكليف شهود الاثبات بالحضور أمرا منوطا بالنيابة العامة ولا شأن للمتهم به ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض طلب سماع المجنى عليه لتغيبه فى الكويت كما رفض تكليفه بتقديم الشيكين موضوع الدعوى ولئن كان الحكم قد ذكر أن بيانات هذين الشيكين مبينة بمحضر جمع الاستدلالات إلا أنه لم يتضمن ما يفيد أن المحكمة قد أطلعت عليهما وتحققت من أنهما قد استوفيا الشروط اللازمة لاعتبار كل منهما شيكا ، ومن ثم فإنه يكون مشوبا بالقصور والاخلال بحق الدفاع مما يستوجب نقضه والإحالة . (الطعن رقم ١١٧٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٨ س٢٠ ص١٣٨٤) .

والشهادة فى الأصل هى تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، فلا وجه للنعى بقصور أقوال الشهود لإغفالها الحديث فى أركان الجريمة وعناصرها ، وحسب الحكم أن تثبت المحكمة أركان الجريمة وتبين الأدلة التى قامت لديها فجعلتها تعتقد ذلك وتقول به . (الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٨/٢/٦ س٢٩ ص١٣٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن : ليس فى القانون ما يمنع استدعاء الضباط وقضاة التحقيق وأعضاء النيابة شهود فى القضايا التى لهم عمل فيها - إلا أن استدعاء أى منهم لا يكون إلا متى رأت المحكمة أو السلطة التى تؤدى الشهادة أمامها محلا لذلك فإذا كان المتهم وإن أشار فى صدر دفاعه الى أن وكيل النيابة المحقق يعتبر شاهدا فى الدعوى ، إلا أن المحكمة لم تر مبررا لمسايرة المتهم فيما أشار إليه واطمأنت الى ما أثبته فى حضوره ، وكان للمحكمة أن تأخذ الى جانب أقوال من سمعتهم من الشهود أمامها بما ورد فى التحقيقات الابتدائية والتقارير الطبية ومحاضر المعاينة مادام كل ذلك كان معروضا على بساط البحث متاحا للدفاع أن يناقشه ، فإن ما يعيبه المتهم على الحكم من استناده الى ما اثبته وكيل النيابة فى محضره دون سماعه لا يستند الى أساس . (نقض جلسة ١٩٦١/١/٩ س١٢ ص٥٨) . وبأنه " إنه بمقتضى المادة ٤٦ من قانون تشكيل محاكم الجنايات يجوز للمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تستدعى وتسمع أقوال أى شخص ، فإذا هى استعملت هذا الحق فاستدعت شخصا تصادف وجوده بالجلسة ولم تحلفه اليمين ولم يعترض الطاعن على هذا الإجراء أمامها ، فلا يصح له أن يثيره أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥١/٥/٢٩ س٢ ص١١٨٥) . وبأنه " من حق المحكمة أن تستدعى وتسمع أقوال اى شخص لم يكن قد سبق اعلانه قبل الجلسة بالحضور أمامها ولا جناح عليها إن هى أخذت بأقواله واستندت إليها فى قضائها " (الطعن رقم ٦٥٨ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٥٦/٦/٤ س٧ ص٨٠٣) . وبأنه " خوض المحكمة فى الموضوع المراد الاستشهاد به والقول بعدم جدوى سماع الشهود هو افتراض من عندها قد يدحضه الواقع ، فتقدير أقوال الشاهد يراعى فيها كيفية أدائه للشهادة والمناقشات التى تدور حول شهادته "

يجوز لمحكمة الجنايات أن تسمع شهودا لم ترد أسماؤهم فى القائمة أو لم يعلنهم ، وقد قضت محكمة النقض بأن : مفاد ما نصت عليه المادة ٢٧٧ من قانون الإجراءات الجنائية أنه يجوز للمحاكم - ومحكمة الجنايات من بينها - أن تسمع أثناء نظر الدعوى - فى سبيل استكمال اقتناعها والسعى وراء الحصول على الحقيقة شهودا ممن لم ترد أسماؤهم فى القائمة أو لم يعلنهم الخصوم - سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أو بناء على حضور الشاهد من تلقاء نفسه بغير اعلان ، وأن تستدعى أى شخص ترى أن هناك فائدة من سماع أقواله . (الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٠/١٠/٢ س٣١ ص٨٢١) .

وبأنه " مفاد نص المادة ٢٧٧ من قانون الإجراءات الجنائية أنه يجوز للمحاكم ومحكمة الجنايات من بينها أن تسمع أثناء نظر الدعوى – فى سبيل استكمال اقتناعها والسعى وراء الوصول الى الحقيقة – شهودا ممن لم ترد أسماؤهم فى القائمة ولم يعلنهم الخصوم سواء أكان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أو بناء على حضور الشاهد من تلقاء نفسه بغير اعلان وأن تستدعى أى شخص ترى أن هناك فائدة من سماع أقواله ، كما أن لها وفقا للمادة ٢٩٣ من ذات القانون من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تأمر بإعلان الخبراء ليقدموا ايضاحات بالجلسة عن التقارير المقدمة منهم فى التحقيق الابتدائى أو أمام المحكمة " (الطعن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٤/٣٠ س٣٢ ص٤٢٢) .

أثــر العــدول عــن الشهــادة :

لمحكمة الموضوع الأخذ بأقوال المتهم فى حق نفسه وفى حق غيره وإن عدل عنها بعد ذلك مادامت قد اطمأنت إليها . (الطعن رقم ٢٥٨٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢٠ س٣٣ ص٢٣٢) .

تقرير الشاهد بجلسة المحاكمة أنه لا يذكر شيئا عن الواقعة بسبب النسيان . سكوت الطاعنة والمدافع عنها عن استجوابه . النعى على المحكمة تعويلها على أقوال ذلك الشاهد فى التحقيقات . غير مقبول . وقد قضت محكمة النقض بأن : إذ كان يبين من محضر جلسة المحاكمة بتاريخ ١٩٩٩/١/٣ أن الشاهد ضابط الواقعة قرر أن القضية منذ عام ١٩٩٦ ولا يذكر شيئا عنها وأن أقواله ثابتة بالتحقيق ، فكان أن سكتت المحكوم عليها والمدافع عنها عن أن يوجها له ما يعن لهما من وجوه الاستجواب وتناولا عن سماع أقوال شهود الإثبات ومضت المرافعة دون أن تلوى على أى شئ يتصل بقالة الشاهد بنسيان الواقعة . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد استعملت حقها فى التعويل على اقوال الشاهد ضابط الواقعة فى التحقيقات ، فإن الحكم المطعون فيه يكون بريئا من أى شائبة فى هذا الخصوص . (الطعن رقم ١١٠٥١ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٥) . وبأنه " لما كان يبين من محضر جلسة المحاكمة أن المحكمة استمعت الى اقوال شاهدى الاثبات العميد .... والمقدم .... فأدليا بشهادتهما عن الواقعة فى حدود ما سمحت لهما به ذاكرتهما لما قرراه من مضى مدة كبيرة على تاريخ الواقعة فكان أن سكت الطاعن والمدافع عنه عن أن يوجها لهما ما يعن لهما من وجوه الاستجواب وتنازلا عن سماع باقى شهود الإثبات ومضت المرافعة دون أن تلوى على شئ يتصل بقالة الشاهدين بنسيان الواقعة . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد استعملت حقها فى التعويل على أقوال الشاهدين فى التحقيقات وبالجلسة فقد بات من غير المقبول من الطاعن منعاه بأن الشاهدين المذكورين قررا بالجلسة بعدم تذكرهما للواقعة ويكون منعى الطاعن فى هذا الخصوص فى غير محله " (الطعن رقم ٥٦٣١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٤ س٣٤ ص١٤٧.

وزن أقوال الشهود وتقديرها مرجعه الى محكمة الموضوع ، وقد قضت محكمة النقض بأن : إن انفراد الضابط بالشهادة على واقعة الضبط والتفتيش . لا ينال من سلامة أقواله كدليل فى الدعوى لما هو مقرر من أن وزن أقوال الشاهد وتقديرها مرجعه الى محكمة الموضوع تنزلها المنزلة التى تطمئن إليه بغير معقب ، وهى متى أخذت بشهادته ، فإن ذلك يفيد أنها أطرحت جميع الاعتبارات التى ساقها الدفاع لحملها على عدم الأخذ بها . (الطعن رقم ٧٥٦٤ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠١/١/١) . وبأنه " من المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تأخذ بأقوالهم متهم آخر ولو كانت واردة فى محضر الشرطة متى اطمأنت الى صدقها ومطابقتها للواقع ولو عدل عنها فى مراحل التحقيق الأخرى (الطعن رقم ٦٠٢٧ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٩ س٣٥ ص١٦٣) .

يجوز للمحكمة استدعاء الضباط وقضاة التحقيق وأعضاء النيابة وكتبة التحقيق شهودا فى القضايا التى لهم عمل فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن : سماع أقوال الخصوم ومن بينهم النيابة العامة من الإجازات التى تركها الشارع لمطلق تقدير محكمة النقض (الطعن رقم ٢٩٤٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٢/٨) . وبأنه " لما كان من المقرر أنه ليس فى القانون ما يمنع استدعاء الضباط وقضاة التحقيق وأعضاء النيابة شهودا فى القضايا التى لهم عمل فيها ، إلا ان استدعاء أى منهم لا يكون إلا متى رأت المحكمة أو السلطة التى تؤدى الشهادة أمامها محلا ، وكانت المحكمة لم تر مبررا لإجابة الطاعن باستدعاء الضابط محرر المحضر بعد أن اطمأنت الى أقوال الشاهد الثانى بتحقيقات النيابة والمحكمة ، وكان المطلوب هو مناقشة الضابط محرر المحضر فيما جاء بها فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الوجه يكون غير مقبول " (الطعن رقم ٣٢٥٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٣ س٣٦ ص٨١٤) . وبأنه " على المحكمة إجابة طلب الدفاع سماع شهود الواقعة ولو لم يذكروا فى قائمة شهود الإثبات وسواء أعلنهم المتهم أو لم يعلنهم . أساس ذلك ؟ " (الطعن رقم ١١٤٩٣ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٣/٧) . وبأنه " لما كان من المقرر أنه ليس فى القانون ما يمنع استدعاء الضباط وقضاة التحقيق وأعضاء النيابة – وكذلك كتبة التحقيق – شهودا فى القضايا التى لهم عمل فيها إلا أن استدعاء أى منهم لا يكون إلا متى رأت المحكمة أو السلطة التى تؤدى الشهادة أمامها محلا لذلك " (الطعن رقم ٦٢٠٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٧/٢/٥ س٣٨ ص٢٣١) . وبأنه " تأخر الشاهد فى الإدلاء بشهادته . لا يمنع المحكمة من الأخذ بها " (الطعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/١/٣) .

وبأنه " لما كان من المقرر أنه ليس فى القانون ما يمنع استدعاء الضباط وقضاة التحقيق وأعضاء النيابة شهودا فى القضايا التى لهم عمل فيها ، إلا أن استدعاء أى منهم لا يكون إلا متى رأت المحكمة أو السلطة التى تؤدى الشهادة أمامها محلا لذلك –

وكانت المحكمة لم تر مبررا لإجابة الطاعن الى طلبه باستدعاء وكيل النيابة المحقق لمناقشته بعد أن اطمأنت الى ما ثبت من الأوراق من قيامه بإرسال العينات المأخوذة من المخدر المضبوط والمطواة المضبوطة الى المعامل الكيماوية للتحليل بموجب استمارتى عينات محررتين " (الطعن رقم ٣٨٣٧ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٨٦/١١/١٧ س٣٧ ص٨٩٧) .

وجوب شهادة المحامى بالوقائع التى رآها أو سمعها متى طلب منه ذلك . يمتنع عليه افشاء ما أبلغه به موكله بسبب وظيفته دون رضائه . أساس ذلك . شهادة المحامين بما وقع عليه بصرهما واتصل بسمعهما بشأن واقعة تتصل بالدعوى بناء على طلب المطعون ضدها دون اعتراض من الطاعنة . لا بطلان . وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٦٥ من قانون المحاماة على أنه " على المحامى أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغ بها إليه إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة " ، هو ما يتفق وما نصت عليه المادة ٦٦ من قانون الإثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ومفادها أنه يجب على المحامى الشهادة بالوقائع التى رآها أو سمعها متى طلب منه ذلك ممن أسرها إليه وإنما يمتنع عليه أن يفشى بغير رضاء موكله ما عساه يكون قد أبلغه به بسبب مهنته ، ومتى كان ذلك ، وكان الثابت من محضر جلسة المحاكمة ومدونات الحكم المطعون فيه أن كلا المحاميين الذين شهدا بما وقع عليه بصرهما واتصل بسمعهما بشأن واقعة تتصل بالدعوى بناء على طلب المطعون ضدها (المتهمة) ودون اعتراض من المدعية بالحق المدنى (الطاعنة) على ذلك كما زعمت بوجه النعى على الحكم فإن شهادتهما تكون بمنأى عن البطلان ويصح استناد الحكم الى هذه الأقوال . (الطعن رقم ٦٠٠٩ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٧) .

وقد نصت المادة ٢٧٨ اجراءات جنائية على أن ينادى على الشهود بأسمائهم ، وبعد الإجابة منهم يحجزون فى الغرفة المخصصة لهم ، ولا يخرجون منها إلا بالتوالى لتأدية الشهادة أمام المحكمة ، ومن تسمع شهادته منهم يبقى فى قاعة الجلسة الى حين اقفال باب المرافعة ، ما لم ترخص له المحكمة بالخروج ويجوز عند الاقتضاء أن يبعد شاهد أثناء سماع شهادة آخر وتسوغ مواجهة الشهود بعضهم ببعض .

ولا توجب هذه على المحكمة سماع الشهود جميعا فى جلسة واحدة أو ضرورة إجراء مواجهة بينهم وإن سوغت ذلك ولم يرتب القانون البطلان على مخالفة الإجراءات المنصوص عليها فى المادة المذكورة .

وقد قضت محكمة النقض بأن : من المقرر أن المادة ٢٧٨ من قانون الإجراءات الجنائية والتى أحالت إليها المادة ٣٨١ من هذا القانون وإن نصت على أن " ينادى على الشهود بأسمائهم وبعد الإجابة منهم يحجزون فى الغرفة المخصصة لهم ولا يخرجون منها إلا بالتوالى لتأدية الشهادة أمام المحكمة ، ومن تسمع شهادته يبقى فى قاعة الجلسة الى حين اقفال باب المرافعة " ، فإنها لا ترتب على مخالفة هذه الإجراءات بطلانا وكل ما فى الأمر أن للمحكمة تقدير شهادة الشاهد المؤداة فى هذه الظروف على أنه مادام الشاهد قد سمع بحضور المتهم ولم يعترض على سماعه كما هو الحال فى الدعوى المطروحة فإن حقه فى هذا الاعتراض يسقط بعدم تمسكه به فى الوقت المناسب ، ومن ثم فإن منعى الطاعن على الحكم بدعوى البطلان لا يكون له وجه . (الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٦ س٢٥ ص٦٠٠) . وبأنه " إن المادة ١٦٦ تحقيق جنايات وإن كانت قد أوجبت ابعاد الشهود عن قاعة الجلسة ثم استدعائهم إليها واحدا بعد الآخر ، إلا أنها لم ترتب على مخالفة ذلك بطلانا ما ، وكل ما فى الأمر أن المحكمة تراعى فى تقدير شهادة الشاهد أنها أديت فى هذا الظرف ، وعلى كل حال فمادام الشاهد قد سمع بعد تحليفه اليمين بحضور المتهم ولم يعترض على سماعه فإن حقه فى الاعتراض يسقط لعدم تمسكه به فى حينه " (نقض جلسة ١٩٣٨/٥/٢ مجموعة القواعد القانونية ج٤ ص٢٢٦) . وبأنه " إذا طلب الدفاع عن المتهم من المحكمة ابعاد بعض شهود الإثبات عن قاعة الجلسة ريثما يسمع شهود النفى خشية التأثير عليهم وفوض الرأى للمحكمة فى ذلك ، ثم عارضت النيابة فى هذا الطلب فلم تجبه المحكمة فهذا من حقها ولا تثريب عليها فيه ، حتى ولو كانت لم تشر إليه فى حكمها لتعلقه بإجراءات التحقيق بالجلسة التى تفصل فيها المحكمة أثناء سير الدعوى وقبل صدور الحكم فيها " (نقض جلسة ١٩٣٦/١١/٢ مجموعة القواعد القانونية ج٤ ص٢) . وبأنه " من المقرر أن المادة ٢٧٨ من قانون الإجراءات الجنائية والتى أحالت إليها المادة ٣٨١ من هذا القانون وإن كانت قد نصت على أن " ينادى على الشهود بأسمائهم وبعد الإجابة منهم يحجزون فى الغرفة المخصصة لهم ولا يخرجون منها إلا بالتوالى لتأدية الشهادة أمام المحكمة ، ومن تسمع شهادته منهم يبقى فى قاعة الجلسة الى حين اقفال باب المرافعة " ، فإنها لم ترتب على مخالفة هذه الإجراءات أو عدم الإشارة الى اتباعها فى محضر الجلسة بطلانا " (الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٩ س١٤ ص٨٩٤) . وبأنه " سماع المحكمة الجزئية شهادة شهود مجتمعين غير مفرق بينهم مهما يكن فيه من الحلل فإنه متعلق بقيمة دليل الإثبات ، ويكفى أن يعرض أمره على المحكمة الابتدائية أو المحكمة الاستئنافية ، ولكل منهما السلطة المطلقة فى تقدير قيمة الدليل المستفاد من شهادة الشهود التى أخذت على هذا الوجه والعمل بما تعتقده من صدقها أو عدم صدقها " (نقض جلسة ١٩٣١/١٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية ج٢ ص٣٧٧) .

وإذا تخلف الشاهد عن الحضور أمام المحكمة بعد تكليفه به . جاز الحكم عليه بعد سماع أقوال النيابة العامة بدفع غرامة لا تجاوز عشرة جنيهات فى المخالفات ، وثلاثين جنيها فى الجنح ، وخمسين جنيها فى الجنايات .

ويجوز للمحكمة إذا رأت شهادته ضرورية أن تؤجل الدعوى لاعادة تكليفه بالحضور ولها أن تأمر بالقبض عليه واحضاره . (م٢٧٩ اجراءات جنائية) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : من المتفق عليه أن رجال السلطة السياسية وزوجاتهم وأولادهم واقاربهم الأقربين الذين يعيشون معهم فى معيشة واحد يتمتعون بحصانة لا يجوز معها اكراههم على الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة عن واقعة جنائية أو مدنية . (نقض جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٨ س٥ ص١٩٠) .

وإذا حضر الشاهد بعد تكليفه بالحضور مرة ثانية أو من تلقاء نفسه وأبدى أعذارا مقبولة ، جاز اعفاؤه من الغرامة بعد سماع أقوال النيابة العامة .

وإذا لم يحضر الشاهد فى المرة الثانية ، جاز الحكم عليه بغرامة لا تجاوز ضعف الحد الأقصى المقرر فى المادة السابقة وللمحكمة أن تأمر بالقبض عليه واحضاره فى نفس الجلسة ، أو فى جلسة أخرى تؤجل إليها الدعوى . (م٢٨٠ اجراءات جنائية) .

وللمحكمة إذا اعتذر الشاهد بأعذار مقبولة عن عدم امكانه الحضور أن تنتقل إليه وتسمع شهادته بعد اخطار النيابة العامة وباقى الخصوم وللخصوم أن يحضروا بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم ، وأن يوجهوا للشاهد الأسئلة التى يرون لزوم توجيهها إليه . (م٢٨١ اجراءات جنائية) .

وإذا لم يحضر الشاهد أمام المحكمة حتى صدور الحكم فى الدعوى ، جاز له الطعن فى حكم الغرامة بالطرق المعتادة. (م٢٨٢ اجراءات جنائية) .

ويجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال .

واستحلاف الشاهد – عملا بالمادة ١/٢٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية – هو من الضمانات التى شرعت فيما شرعت لمصلحة المتهم ، لما فى الحلف من تذكير الشاهد بالألة القائم على نفس وتحذيره من سخطه عليه إن هو قرر غير الحق ، ولما هو مظنون من أنه قد ينجم عن هذا الترهيب ان يدى الشاهد بأقوال لمصلحة المتهم قد تقع موقع القبول فى نفس القاضى فيتخذها من أسس تكوين عقيدته ، إلا أنه من جهة أخرى يجوز سماع المعلومات من أشخاص لا يجوز توجيه اليمين إليهم لكونهم غير أهل لذلك

أما بسب حداثة سنهم كالأحداث الذين لم يبلغوا أربعة عشر سنة كاملة والمحرومون من أداء الشهادة بيمين كالمحكوم عليهم بعقوبة جناية مدة العقوبة فإنهم لا يسمعون طبا للبند (ثالثا) من المادة ٢٥ من قانون العقوبات إلا على سبيل الاستدلال مثلهم فى ذلك مثل ناقص الأهلية . (نقض جلسة ١٩٦١/٤/١٧ س١٢ ص٤٤٢).

وأنه وإن كانت الشهادة لا تتكامل عناصرها قانونا إلا بحلف الشاهد اليمين إلا أن ذلك لا ينفى عن الأقوال التى يدلى بها الشاهد بغير حلف يمين أنها شهادة ، فالشاهد لغة هو أطلع على الشئ وعاينه ، والشهادة اسم من المشاهدة وهى الاطلاع على الشئ عيانا ، وقد اعتبر القانون – فى المادة ٢٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية – الشخص شاهدا بمجرد دعوته لأداء الشهادة سواء أداها بعد أن يحلف اليمين أو دون أن يحلفها ومن ثم فلا يعيب الحكم وصفه أقوال المجنى عليه الذى لم يلحف اليمين بأنها شهادة (الطعن رقم ١١٣٧ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢١ س١٩ ص٨٤١) . والقانون أجاز سماع الشهود الذين لم يبلغ سنهم أربع عشرة سنة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال ، ولم يحرم على القاضى الأخذ بتلك الأقوال التى يدلى بها على سبيل الاستدلال إذا أنس فيها الصدق ، فهى عنصر من عناصر الاثبات يقدره القاضى حسب اقتناعه ، ولا يقبل من الطاعن النعى على الحكم أخذه بأقوال المجنى عليه بحجة عدم استطاعته التمييز لصغر سنه مادامت المحكمة قد اطمأنت الى صحة ما أدلى به وركنت الى أقواله على اعتبار أنه مدرك ما يقول ويعيه . (نقض جلسة ١٩٧٣/٤/١ س٢٤ ص٤٤٥) . والعبرة بسن الشاهد فى صدد حلفه اليمين هو سنه وقت أداء الشهادة وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان الثابت أن الشاهد حلف اليمين ، فإن الإجراء يكون صحيحا ، ولا يؤثر فى ذلك أن يكون الشاهد أثناء الحلف قد وضع يده على المصحف ، فإن ذلك لا يعدو أن يكون تزيدا فى طريقة الحلف . (نقض جلسة ١٩٤٨/٦/١ مجموعة القواعد القانونية ج٧ ص٥٨٢) . وبأنه " وإذا كان الثابت بمحضر الجلسة أن المجنى عليهما شهدا بأنهما رأيا المتهمين بالسرقة منهما وعرفاهم ، فطلب المتهمون الحلف على الانجيل فعرضت المحكمة ذلك عليهما فحلفا بأنهم تأكدا من أنهم هم الذين ارتكبوا الحادث ، ولم يعترض الدفاع على ذلك فلا يقبل تخطئة المحكمة فى هذا الإجراء الذى تم بناء على طلبهم ، كذلك لا يقبل الاعتراض منهم على صيغة الحلف بمقولة أنها لم ترد على الرؤية والتحقق ، بل هى منصرفة الى مجرد التأكد الذى قد يكون عن طريق السماع أو نحوه ، وذلك مادام الثابت أن الحلف إنما طلب لتأكيد ما قرره المجنى عليه عن الرؤية فعلا " (نقض جلسة ١٩٤٨/١٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية ج٧ ص٧٠٢) . وبأنه " ولما كانت المادة ٣٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية قد خولت محكمة الجنايات فصل الجنحة عن الجناية إذا ما رأت أن لا ارتباط بينهما وكان لا مانع مادامو ليسوا مقدمين للمحاكمة فى ذات الدعوى ، فإن ما يثيره فى هذا الشأن يكون على غير أساس " (نقض جلسة ١٩٥٤/٥/٢٤ س٥ ص٦٩٩) .

وبأنه مذهب الشارع فى التفرقة بين الشهادة التى تسمع بيمين وبين تلك التى تعد من قبيل الاستدلال والتى تسمع بغير يمين ، يوحى بأنه يرى أن الأشخاص الذين قضى بعدم تحليفهم اليمين هو أقل ثقة ممن أوجب عليهم حلفها ، ولكنه مع ذلك لم يحرم على القاضى الأخذ بالأقوال التى يدلى بها على سبيل الاستدلال إذا أنس فيها الصدق " (الطعن رقم ١٨٩١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٥/٣/١ س١٦ ص١٨٧) . وبأنه " لما كان من المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها بما تطمئن إليه من أدلة وعناصر فى الدعوى ، وكان وزن أقوال الشهود وتقدير الظروف التى يؤدون فيها شهادتهم وتعويل القضاء عليها مهما وجه إليها من مطاعن وحام حولها من الشبهات مرجعه الى محكمة الموضوع ، وأنه وإن كانت الشهادة لا تتكامل عناصرها قانونا إلا بحلف الشاهد اليمين إلا أن ذلك لا يبقى عن الأقوال التى يدلى بها الشاهد بغير حلفه أنها شهادة ، وقد اعتبر القانون فى المادة ٢٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية الشخص شاهدا بمجرد دعوته لأداء الشهادة سواء أداها بعد أن يحلف اليمين أو دون أن يحلفها ، ومن ثم فلا يعيب الحكم وصفه أقوال من لم يحلفوا اليمين بأنها شهادة ومن حق محكمة الموضوع أن تعتمد فى قضائها على أقوال هؤلاء الشهود إذ مرجع الأمر كله الى ما تطمئن إليه من عناصر الاستدلال " (الطعن رقم ١٢٨٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٠/١١/٢٤ س٣١ ص١٠٢٩) . وبأنه " لما كانت العبرة فى أهلية الشهادة هى بوقت وقوع الأمر الذى تؤدى عنه وبوقت أدائها ، فإنه على فرض صحة ما يثيره الطاعن بوجه النعى من أن ضابط الشرطة عندما توجه الى منزل المجنى عليه عقب الإبلاغ بالحادث وجده يتناول الخمر وفى حالة سكر بين وغير قادر على التمييز أو أنه كان كذلك وقت أدائه الشهادة بالتحقيقات وإذ كانت العبرة فى المحاكمة الجنائية هى باقتناع القاضى من كافة عناصر الدعوى المطروحة أمامه ، فلا يصح مطالبته بالأخذ بدليل دون آخر ، وكانت محكمة الموضوع قد اطمأنت الى صحة ما أدلى به المجنى عليه وركنت الى اقواله على اعتبار أنه يدرك ما يقول ويعيه فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل وفى سلطة المحكمة فى استنباط معتقدها مما لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٦٠١١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢ س٣٤ ص١٨٩) وبأنه " جواز سماع الشهود الذين لم يبلغ سنهم أربع عشرة سنه بدون حلف يمين والأخذ بأقوالهم على سبيل الاستدلال إذا أنس القاضى فيها الصدق " (الطعن رقم ١١٧١٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/١/٢) . وبأنه " إذا كان الثابت من الحكم أن الشاهد لم يحكم عليه بعقوبة جنائية ، وإنما حكم بحبسه فى جناية ، فإن المادة ٢٥ من قانون العقوبات لا ينطبق حكمها عليه " (الطعن رقم ١١١٤ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٥٨/١١/٣ س٩ ص٨٧٤) .

لما كانت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية التى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية ، قد جرى نصها على أنه " لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبا أو صهرا لأى الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر مما مفاده أنه يجب الأخذ بشهادة الشاهد أن يكون مميزا فإن كان غير مميز فلا تقبل شهادته ولو على سبيل الاستدلال إذ لا ينفى عن الأقوال التى يدلى بها الشاهد بغير حلف يمين أنها شهادة ، وعلى محكمة الموضوع أن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية حول قدرته على التمييز أو طعن على هذا الشاهد بأنه غير مميز أن تحقق هذه المنازعة بلوغا الى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة هذا الشاهد على تحمل الشهادة أو ترد عليها بما يفندها ، وإذ ما كان الطاعن قد طعن على شهادة المجنى عليه بأنه مصاب بتخلف عقلى وأورد الحكم ما يظاهر هذا الدفع – على ما سلف بيانه – وقعدت المحكمة عن تحقيق قدرته على التمييز أو بحث خصائص إرادته وإدراكه العام استيثاقا من تكامل أهليته لأداء الشهادة ومع ذلك عول على شهادته فى قضائه بالإدانة فإنه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون . (الطعن رقم ٢٢٦٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٢/١٠/١٩ س٣٣ ص٧٨٢) .

لما كان القانون قد أجاز سماع الشهود الذين لم يبلغ سنهم أربع عشرة سنه بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال ، ولم يحرم على القاضى الأخذ بتلك الأقوال التى يدلى بها على سبيل الاستدلال إذا أنس فيها الصدق فهى عنصر من عناصر الإثبات يقدره القاضى حسب اقتناعه ، فإنه لا يقبل من الطاعن النعى على الحكم أخذه بأقوال المجنى عليه كشاهد فى الدعوى بحجة أن سؤاله كان بغير حلف يمين على سبيل الاستدلال ، مادام أن الطاعن لا يمارى فى قدرة المجنى عليه على التمييز وتحمل الشهادة ، إذ أن عدم حلف اليمين لا ينفى عن الأقوال التى يدلى بها أنها شهادة .

لما كان القانون قد أجاز سماع الشهود الذين لم يبلغ سنهم أربع عشرة سنة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال ، ولم يحرم الشارع على القاضى الأخذ بتلك الأقوال التى يدلى بها الشاهد على سبيل الاستدلال إذا أنس فيها الصدق ، فهى عنصر من عناصر الإثبات يقدره القاضى حسب اقتناعه ، فإنه لا يقبل من الطاعن النعى على الحكم أخذه بأقوال المجنى عليها بحجة عدم قدرتها الاجابة على أسئلة المحكمة إلا بصعوبة وبالإيماء بالرأس لصغر سنها مادامت المحكمة قد اطمأنت الى صحة ما أدلت به وركنت الى أقوالها واشاراتها على اعتبار أنها تدرك ما تقول وتعيه ، ومادام أن الطاعن لم يدفع بجلسة المحاكمة بعدم قدرتها على التمييز ولم يطلب من المحكمة تحقيق مدى توافر التمييز لديها ، فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل وفى سلطة المحكمة فى استنباط معتقدها مما لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض . (الطعن رقم ٢٨٧٠ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٣/٨ س٣٥ ص٢٥٩) .

هـل يجوز شهادة المحكوم عليهم بعقوبة جنائية ؟

الحرمان من أداء الشهادة بيمين بالنسبة الى طائفة المحكوم عليهم بعقوبة جناية مدة العقوبة هو فى الواقع من الأمر عقوبة معناها الظاهر التهوين من شأن هؤلاء المحكوم عليهم ومعاملتهم معاملة ناقصى الأهلية طوال مدة العقوبة وبانقضائها تعود الى هؤلاء جدارتهم لأداء الشهادة بيمين ، فهى ليست حرمانا من حق أم ميزة مادام الملحوظ فى أداء الشهادة أمام المحاكم هو رعاية صالح العدالة . فإذا حلف مثل هؤلاء اليمين فى خلال فترة الحرمان من أدائه فلا بطلان وتظل هذه الشهادة فى حقيقتها وفى نظر القانون من قبيل الاستدلال التى يترك تقديرها للقاضى ، إذ لا يجوز أن يترتب البطلان على اتخاذ ضمان على سبيل الاحتياط قضى به القانون عندما أوجب أداء اليمين حملا للشاهد على قول الصدق . (الطعن رقم ٧١٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٢ س١٦ ص٦١٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : تمسك الطاعن أمام محكمة الدرجة الثانية بسماع شاهد كان متهما ثم قضى ببراءته ، يجب سماعه ولو لم يبد هذا الطلب أمام محكمة أول درجة ، لأن سببه لما يكن قد قام أمام تلك المحكمة ، وإنما جد من بعد ذلك حين انقشع الاتهام نهائيا عن المطلوب سماع شهادته بقضاء محكمة ثانى درجة ببراءته فصار يجوز سماعه شاهدا بعد أداء اليمين عملا بحكم المادة ٢٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يوجب نقضه والاعادة

وقد نصت المادة ٢٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية على أن إذا امتنع الشاهد عن أداء اليمين أو عن الإجابة فى غير الأحوال التى يجيز له القانون فيها ذلك ، حكم عليه فى مواد المخالفات بغرامة لا تزيد على عشرة جنيهات وفى مواد الجنح والجنايات بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه .

وإذا عدل الشاهد عن امتناعه قبل إقفال باب المرافعة يعفى من العقوبة المحكوم بها عليه كلها أو بعضها .

وتعتبر الواقعة مبنية بيانا كافيا فى الحكم الصادر على الشاهد بحسب المادة ٨٧ تحقيق جنايات متى كان مذكورا فيه حصول الامتناع عن الإجابة على الأسئلة التى يوجهها المحقق ، ولا ضرورة لبيان الأسئلة التى امتنع الشاهد عن الإجابة عليها هى يعلم أمتعلقة هى بالموضوع أو غير متعلقة إذا المفروض أن المحقق إنما يوجه من الأسئلة ما هو مفيد فى الدعوى وهو وحده الذى يحكم بتعلقه بالموضوع وعدم تعلقه به اللهم إلا إذا وضع سؤالا تحكم البداهة باستحالة تعلقه بالموضوع استحالة مطلقة ، فعندئذ يكون على من يدعى توجيه المحقق مثل هذا السؤال إليه أن يبين ما هو هذا السؤال . (نقض جلسة ١٩٢٩/٥/٢ مجموعة القواعد القانونية ج١ ص٢٩٤) .

ولا تملك المحكمة إجبار الشاهد على حلف اليمين أو الإدلاء بالشهادة إن رأى الامتناع عن ذلك ، كل ما لها طبقا للمادة ٢٨٤ اجراءات جنائية أن توقع عليه العقوبة المقررة وأن تعفيه منها إذا عدل من تلقاء نفسه عن امتناعه قبل إقفال باب المرافعة ، وإذا امتنع شاهد النفى عن أداء اليمين ورفضت المحكمة الاستماع الى شهادته بغير يمين وحصل ذلك فى حضور الطاعن والمدافع عنه دون أن يفصح أيهما للمحكمة عن رغبته فى أن تسمع شهادته بغير يمين ، فإن هذا يسقط حق الطاعن فى الدفع بالبطلان الذى يدعى وقوعه بغير حق . (الطعن رقم ١٨٩١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٥/٣/١ س١٦ ص١٨٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : أن سكوت الضابط عن الإدلاء بأسماء أفراد القوة المصاحبة له لا ينال من سلامة أقواله وكفايتها كدليل فى الدعوى . (الطعن رقم ١٦٠٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٢ س٣٠ ص١٤٣) . وبأنه " إن المرجع – عند تطبيق المادة ٢/٨٧ تحقيق جنايات – فى كون القضية الجارى تحقيقها والمطلوب سماع أقوال الشاهد فيها هى جناية أم لا الى الوصف الذى يعطيه المحقق لها لا الى الوصف الأخير الذى تعطيه المحكمة لها بعد تقديمها إليها وفصلها فيها " (نقض جلسة ١٩٢٩/٥/٢ مجموعة القواعد القانونية ج١ ص٢٩٤) .

سماع شهادة الأبكم غير محظورة ، فقد قضت محكمة النقض بأن : لما كانت الشهادة فى الأصل هى تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو إدراكه على وجه العموم بحواسه ولا يوجد فى القانون ما يحظر سماع شهادة الأبكم طالما أنه يحتفظ بحواسه الأخرى ولديه القدرة على التمييز ، وللمحكمة ن تأخذ بشهادته على طريقته هو فى التعبير ، وإذ كان لا يبين من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن قد أثار شيئا حول عدم قدرة المجنى عليه على الإدراك والتمييز لاصابته بالبكم أمام محكمة الموضوع فليس له من بعد أن ينعى على قعودها عن الرد على دفاع لم يثره أمامها ، ويكون منعى الطاعن فى هذا الشأن غير سديد .

ولا يجوز رد الشهود لأى سبب من الأسباب (م٢٨٥ إجراءات جنائية) ، وقد قضت محكمة النقض بأن : الأصل فى الشهادة هو تقرير الشخص لما قد يكون رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، فهى تقتضى بداهة فيمن يؤديها القدرة على التمييز لأن مناط التكليف بأدائها هو القدرة على تحملها ، ولذا فقد أجازت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية والتى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز لهرم أو لحداثة أو مرض أو لأى سبب آخر مما مقتضاه أن يتعين على محكمة الموضوع إن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية على قدرته على التمييز أن تحقق هذه المنازعة بلوغا الى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة هذا الشاهد على تحمل الشهادة أو ترد عليها بما يفندها ، ولما كان القانون لا يتطلب فى عاهة العقل أن يفقد أحدهما

وإذ ما كان الطاعن قد طعن على شهادة المجنى عليها بأنها مصابة بما يفقدها القدرة على التمييز وقدم تقريرا طبيا استشاريا بظاهر هذا الدفاع ، وقعدت المحكمة عن تحقيق قدرتها على التمييز أو بحث خصائص إرادتها وإدراكها العام استيثاقا من تكامل أهليتها لأداء الشهادة ، وعولت فى نفس الوقت على شهادتها فى قضائها بإدانة الطاعن بالرغم من قيام منازعته الجدية حول قدرتها على الإدلاء بشهادتهما بتعقل ودون أن تعرض لهذه المنازعة فى حكمها المطعون فيه ، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب فضلا عن الإخلال بحق الدفاع. (الطعن رقم ٢٠٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٤/٢ س٣٠ ص٤٢٦) .

ويجوز أن يمتنع عن أداء الشهادة ضد المتهم أصوله وفروعه وأقاربه وأصهاره الى الدرجة الثانية وزوجة ولو بعد انقضاء رابطة الزوجية ، وذلك ما لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد أو على أحد أقاربه أو أصهاره الأقربين ، أو إذا كان هو المبلغ عنها أو إذا لم تكن هناك أدلة إثبات أخرى . (م٢٨٦ إجراءات جنائية) . وقد قضت محكمة النقض بأن : إن ما يثيره الطاعن بدعوى خطأ إسناد الحكم لأقوال .... على والده وأقوال .... على مطلقها .... لأن ذلك منهى عنه بنص المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية مردود بأن مؤدى نص المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية أن الشاهد لا تمتنع عليه الشهادة بالوقائع التى رآها أو سمعها ولو كان من يشهد ضده قريبا أو زوجا له ، وإنما أعفى من أداء الشهادة إذا أراد ذلك ، وأما نص المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات – المادة ٦٧ من قانون الإثبات الحالى – فإنه يمنع أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما عساه يكون قد أبلغه به أثناء قيام الزوجية ولو بعد انقضائها إلا فى حالة رفع الدعوى من أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر . (الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٨/٢/٦ س٢٩ ص١٣٦) . وبأنه " مؤدى نص المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية أن الشاهد لا يمتنع عنه الشهادة بالوقائع التى رآها أو سمعها ولو كان من يشهد ضده قريبا أو زوجا له وإنما أعفاه من أداء الشهادة إذا طلب ذلك ، أما نص المادة ٦٧ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فإنه يمنع أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما عساه أن يكون قد أبلغه به أثناء قيام الزوجية ولو بعد انقضائها إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر ، ولما كان الحكم فيما خلص إليه لم يخرج عن هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا بما يضحى ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد غير سديد ، ولا ينال من ذلك ما ذهب إليه الطاعن بوجه الطعن من أن وكيل النيابة المحقق لم ينبه الشاهدة الى حقها فى الامتناع عن الإدلاء بشهادتها ذلك أنه كان عليها ، إن هى أرادت ، أن تفصح عن رغبتها فى استعمال هذه الرخصة التى خولها إياها القانون ، أما وهى لم تفعل فإن شهادتهما تكون صحيحة فى القانون جائزا الاستدلال بها " (الطعن رقم ٦٢٨١ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧ س٣٥ ص٣٥٣) .

وبأنه إذا كان الثابت مما أورده الحكم إن ما شهدت به زوجة الطاعن لم يبلغ إليها من زوجها بل شهدت بما وقع عليه بصرها واتصل بسمعها فإن شهادتها تكون بمنأى عن البطلان ويصح فى القانون اسناد الحكم الى قولها " (نقض جلسة ١٩٦١/٣/٧ س١٢ ص٣٢٤) .

وقد نصت المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية على أن تسرى أمام المحاكم الجنائية القواعد المقررة فى قانون المرافعات لمنع الشاهد عن أداء الشهادة أو لإعفائه من أدائها .

ومفاد نص المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ التى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية أنه يجب للأخذ بشهادة الشاهد أن يكون مميزا ، فإن كان غير مميز لأى سبب فلا تقبل شهادته ولو على سبيل الاستدلال ، إذ لا ينفى عن الأقوال التى يدلى بها الشاهد بغير حلف يمين أنها شهادة ، وعلى المحكمة متى طعن على الشاهد بأنه غير مميز أن تحقق هذا الطعن بلوغا الى غاية الأمر فيه . (الطعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧١/٣/٧ س٢٢ ص١٩٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الأصل فى الشهادة هو تقرير الشخص لما قد يكون رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، فهى تقتضى بداهة فيمن يؤديها القدرة على التمييز لأن مناط التكليف بأدائها هو القدرة على تحملها ، ولذا فقد أجازت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية – والتى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية – رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز لهرم أو لحداثة أو مرض أو لأى سبب آخر – مما مقتضاه أن يتعين على محكمة الموضوع إن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية على قدرته على التمييز إن تحقق هذه المنازعة بلوغا الى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة هذا الشاهد على تحمل الشهادة أو ترد عليها بما يفندها ، ولما كان القانون لا يتطلب فى عاهة العقل أن يفقد المصاب الإدراك والتمييز معا وإنما تتوافر بفقد أحدهما ، وإذ ما كان الطاعن قد طعن على شهادة المجنى عليها بأنها مصابة بما يفقدها القدرة على التمييز وقدم تقريرا طبيا استشاريا بظاهر هذا الدفاع ، وقعدت المحكمة عن تحقيق قدرتها التمييز أو بحيث خصائص إرادتها وإدراكها العام استيثاقا من تكامل أهليتها لأداء الشهادة ، وعولت فى نفس الوقت على شهادتها فى قضائها بإدانة الطاعن بالرغم من قيام منازعته الجدية حول قدرتها على الإدلاء بشهادتهما بتعقل ودون أن تعرض لهذه المنازعة فى حكمها المطعون فيه ، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب فضلا عن الإخلال بحق الدفاع . (الطعن رقم ٢٠٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٤/٢ س٣٠ ص٤٢٦) . وبأنه " قيام منازعة جدية حول قدرة الشاهد على التمييز . وجوب تحقيقها " (الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٣/١٢/١٤)

لما كانت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية التى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية ، وقد جرى نصها على أنه " لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبا أو صهرا لأى الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر مما مفاده يجب الأخذ بشهادة الشاهد أن يكون مميزا فإن كان غير مميز فلا تقبل شهادته ولو على سبيل الاستدلال إذ لا ينفى عن الأقوال التى يدلى بها الشاهد بغير حلف يمين أنها شهادة ، وعلى محكمة الموضوع أن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية حول قدرته على التمييز أو طعن على هذا الشاهد بأنه غير مميز أن تحقق هذه المنازعة بلوغا الى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة هذا الشاهد على نحمل الشهادة أو ترد عليها بما يفندها ، وإذ ما كان الطاعن قد طعن على شهادة المجنى عليه بأنه مصاب بتخلف عقلى ، وأورد الحكم ما يظاهر هذا الدفع – على ما سلف بيانه – وقعدت المحكمة عن تحقيق قدرته على التمييز أو بحث خصائص إرادته وإدراكه العام استيثاقا من تكامل أهليته لأداء الشهادة ومع ذلك عول على شهادته فى قضائه بالإدانة فإنه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون " (الطعن رقم ٢٢٦٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٢/١٠/١٩ س٣٣ ص٧٨٢) .

لما كان الأصل فى الشهادة هو تقرير الشخص لما قد يكون رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، فهى تقتضى بداهة فيمن يؤديها القدرة على التمييز لأن مناط التكليف بأدائها هو القدرة على تحملها ، ولذا فقد أجازت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية – والتى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية – رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز لهرم أو لحداثة أو مرض أو لأى سبب آخر – مما مقتضاه أن يتعين على محكمة الموضوع إن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية على قدرته على التمييز إن تحقق هذه المنازعة بلوغا الى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة هذا الشاهد على تحمل الشهادة أو ترد عليها بما يفندها ، وإذ ما كان الطاعن قد طعن على شهادة المجنى عليها بأنه مصاب بالجنون وسبق الحكم بالحجر عليه وقدم صورة لكشف طبى صادرة من الوحدة المحلية يظاهر هذا الدفاع وقعدت المحكمة عن تحقيق قدرته على التمييز أو بحث خصائص إرادته وإدراكه العام استيثاقا من تكامل أهليته لأداء الشهادة ، وعولت فى الوقت نفسه على شهادته فى قضائها بإدانة الطاعن بالرغن من قيام منازعته الجدية حول قدرته على الإدلاء بشهادته بتعقل ودون تعرض لهذه المنازعة فى حكمها المطعون فيه ، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب فضلا عن الفساد فى الاستدلال . (الطعن رقم ٥٣٣٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٦/٣/٤ س٣٧ ص٣٣٨) .

لما كان الأصل فى الشهادة هو تقرير الشخص لما قد يكون رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، ولذا فقد أجازت المادة ٨٢ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية – والتى أحالت إليها المادة ٢٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية – رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز لهرم أو لحداثة أو مرض أو لأى سبب آخر – مما مقتضاه أن يتعين على محكمة الموضوع إن هى رأت الأخذ بشهادة شاهد قامت منازعة جدية على قدرته على التمييز أن تحقق هذه المنازعة بلوغا الى غاية الأمر فيها للاستيثاق من قدرة هذا الشاهد على تحمل الشهادة أو ترد عليها بما يفندها ، ولما كان القانون لا يتطلب فى عاهة العقل أن يفقد أحدهما ، وإذ ما كان الطاعن قد طعن على شهادة الشاهد بأنه مصاب بما يفقده القدرة على التمييز وقدم مستندا يظاهر هذا الدفاع – على ما أثبته المحكمة بمحضر الجلسة – وقعدت المحكمة عن تحقيق قدرته على التمييز أو بحث خصائص ارادته وادراكه العام استيثاقا من تكامل اهليته لأداء الشهادة ، وعولت فى نفس الوقت على شهادته فى قضائها بإدانة الطاعن بالرغم من قيام منازعته الجدية حول قدرته على الإدلاء بشهادته بتعقل ودون ان تعرض لهذه المنازعة فى حكمها المطعون فيه ، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب فضلا عن الإخلال بحق الدفاع .

ويسمع المدعى بالحقوق المدنية كشاهد وبحلف اليمين (م٢٨٨ اجراءات جنائية) ، وقد قضت محكمة النقض بأن : جرى قضاء محكمة النقض على أن المدعى بالحقوق المدنية إنما يسمع كشاهد ويحلف اليمين إذا طلب ذلك أو طلبته المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ، وكان يبين من مطالعة محاضر جلسات المحاكمة أنه لم يطلب أحد من الطاعنين أو المدعين بالحقوق المدنية من المحكمة سماع أى من هؤلاء الآخيرين ولم تر هى ذلك فإنه لا محل لما ينعاه الطاعنون من بطلان الإجراءات لإغفال المحكمة أعمال حكم المادة ٢٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية التى توجب سماع المدعين بالحقوق المدنية كشهود بعد حلف اليمين ولا يعيب الحكم عزوفه عن سماع أقوالهم وتعويله فى قضائه على ما تضمنته التحقيقات . (الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٨/٢/٦ س٢٩ ص١٣٦) . وبأنه " لا يعيب الحكم أن عول فى قضائه على أقوال المدعى بالحق المدنى مادامت المادة ٢٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية تجيز سماعه كشاهد ، ومتى كانت المحكمة قد اطمأنت الى أقوال شاهدى الإثبات وصحة تصويرهما للواقعة فلا تجوز مجادلتها فى ذلك أو مصادرة عقيدتها فى شأنه أمام محكمة النقض"(الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٤ س٢٣ ص١٤٣١) وبأنه " إن ما يثيره الطاعن من أن المحكمة استمعت لأقوال المدعية بالحقوق المدنية كشاهدة فى الدعوى ، فى حين أنها لا تسأل أصلا إلا على سبيل الاستدلال ، مردود بأن المدعى بالحقوق المدنية – طبقا لما تقضى به المادة ٢٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية – إنما يسمع كشاهد ويحلف اليمين إذا طلب ذلك أو طلبته المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم " (الطعن رقم ١٣٥٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٣/١/٢٢ س٢٤ ص٩٠) .

وبأنه متى كانت المحكمة قد سمعت شهادة المدعى المدنى بدون حلف يمين فى حضور محامى المتهم دون أن يعترض على ذلك. فإن فى الدفع ببطلان شهادة المدعى المدنى يسقط طبقا لنص المادة ٣٣٣ اجراءات جنائية "

ونصت المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أن للمحكمة أن تقرر تلاوة الشهادة التى أبديت فى التحقيق الابتدائى أو فى محضر جمع الاستدلالات أو أمام الخبير إذا تعذر سماع الشاهد لأى سبب من الأسباب أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك .

من المقرر – وفق المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية – أن الأصل فى المحاكمات أنها تقوم على التحقيق الشفوى ، الذى تجريه المحكمة – فى مواجهة المتهم – بالجلسة وتسمع فيه الشهود لإثبات التهمة أو نفيها ، ولا يسوغ الخروج على هذا الأصل إلا إذا تعذر سماعهم لأى سبب من الأسباب أو قبل المتهم أو المدافع عند ذلك – قبولا صريحا أو ضمنيا – وإذ كان ذلك ، وكان حق الدفاع – الذى يتمتع به المتهم – يخوله ابداء ما يعن له من طلبات التحقيق مادام باب المرافعة لم يزل مفتوحا ، ومن ثم فإن نزول المدافع عن الطاعن – بادئ الأمر – عن سماع الشهود واسترساله فى المرافعة لا يحرمه العدول عن هذا النزول ولا يسلبه حقه فى العودة الى التمسك بطلب سماعهم – سواء كان هذا التمسك فى دفاعه الشفوى أو فى دفاعه المكتوب – طالما كانت المرافعة وقت حصوله ، ما زالت دائرة لم تتم بعد . (الطعن رقم ٨٤٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٦/١٢/١٩) ، والأصل هو وجوب سماع الشهود أمام محكمة الدرجة الأولى وأن تتدارك المحكمة الاستئنافية ما يكون قد وقع من خطأ فى ذلك ، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها قيدان نصت عليهما المادة ٢٨٩ من قانون الاجراءات الجنائية أولهما ألا يكون سماع الشاهد متعذرا والآخر أن لا يتمسك المتهم أو المدافع عنه بسماعه حتى لا يفترض فى حقه أنه قبل صراحة أو ضمنا الاكتفاء بأقواله فى التحقيق . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مطالعة محاضر جلسات محكمة أول درجة أن المدافع عن الطاعن لم يتمسك بسماع شهود مما يعد نزولا منه عن هذا الطلب بسكوته عن التمسك به أمام محكمة أول درجة ، ويكون ما يثيره فى هذا الشأن غير سديد . (الطعن رقم ٧٧٦٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/١/٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الأصل هو وجوب سماع الشهود أمام محكمة الدرجة الأولى وإن تتدارك المحكمة الاستئنافية ما يكون قد وقع من خطأ فى ذلك ، إلا أن هذه القاعدة يردد عليها قيدان نصت عليهما المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية أولهما ألا يكون سماع الشاهد متعذرا والآخر أن يتمسك المتهم أو المدافع عنه سماعه حتى لا يفترض فى حقه أنه قبل صراحة أو ضمنا الاكتفاء بأقواله فى التحقيق . (الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٢/٥/٨ س٢٣ ص٦٦١)

وبأنه يجيز نص المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية بعد تعديله بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ للمحكمة الاستغناء عن سماع الشهود إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك ، يستوى فى ذلك أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا بتصرف المتهم أو المدافع عنه بما يدل عليه ، ولما كان يبين من مطالعة محاضر جلسات المحاكمة أن الطاعن لم يطلب سماع الشهود فإن المحكمة لا تكون مخطئة إذا عولت على أقوالهم فى تحقيقات الدعوى المدنية مادامت تلك الأقوال كانت مطروحة على بساط البحث فى الجلسة " (الطعن رقم ٩٤٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٢/١١/١٢ س٢٣ ص١١٧٩) . وبأنه " لما كان الثابت من الاطلاع على محاضر الجلسات أن الطاعنين لم يطلبوا سماع شهادة شاهد معين أو اجراء تحقيق فى الدعوى – وكانت المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ تخول للمحكمة الاستغناء عن سماع الشهود إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك ، ويستوى أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا بتصرف المتهم أو المدافع عنه بما يدل عليه ، ولما كان الطاعنون – على ما سلف بيانه – لم يطلبوا من محكمة أول درجة سماع شهود ، فإنهم يعدون متنازلين عن طلب سماع شهادتهم ، وإذ كان الأصل أن محكمة الدرجة الثانية تحكم على مقتضى الأوراق وهى لا تجرى من التحقيقات إلا ما ترى هى لزوما لإجرائه ، وكان الثابت من الاطلاع على محضر جلسة المحاكمة الاستئنافية أن الطاعنين أبدوا دفاعهم دون أن يطلبوا اجراء أى تحقيق أو سماع شهود فليس لهم أن ينعوا على المحكمة الإخلال بحقهم فى الدفاع بقعودها عن اجراء سكنوا هم عن المطالبة بتنفيذه " (الطعن رقم ١٠٩٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٦ س٢٦ ص٦٢٢) . وبأنه " إن القانون حين رسم الطريق الذى يتبعه المتهم فى اعلان الشهود الذين يرى مصلحته فى سماعهم أمام محكمة الجنايات لم يقصد بذلك الى الإخلال بالأسس الجوهرية للمحاكمات الجنائية والتى تقوم على التحقيق الشفوى الذى تجريه المحكمة بجلسة المحاكمة فى مواجهة المتهم وتسمع فيه الشهود سواء لإثبات التهمة أو لنفيها مادام سماعهم ممكنا ثم تجمع بين ما تستخلصه من شهادتهم وبين عناصر الاستدلال الأخرى فى الدعوى المطروحة على بساط البحث لتكون من هذا المجموع عقيدتها فى الدعوى " (الطعن رقم ٤٠٧١ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٠ س٣٤ ص٩٤٣) . وبأنه " لما كان البين من مطالعة محضر جلسة المحاكمة أمام محكمة أول درجة أن الطاعن لم يطلب سماع شاهد الإثبات ، وكان من المقرر أن نص المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية بعد تعديله بالقانون رقم ١١٣ سنة ١٩٥٧ يخول للمحكمة الاستغناء عن سماع الشهود إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك – يستوى فى هذا الشأن أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا بتصرف المتهم أو المدافع عنه بما يدل عليه – وأن محكمة ثانى درجة إنما تحكم فى الأصل على مقتضى الأوراق وهى لا تجرى من التحقيقات ألا ما ترى هى لزوما لإجرائه

ولا تلتزم بسماع الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة فإذا لم تر من جانبها حاجة الى سماعهم ، وكان المدافع عن الطاعن وأن أبدى طلب سماع أقوال الشاهد أمام المحكمة الاستئنافية فإنه يعتبر متناولا عنه بسبق سكوته المتهم عن التمسك به أمام محكمة أول درجة ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الخصوص يكون غير سديد " (الطعن رقم ٦٧٢٧ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ س٣٥ ص٢١٣) . وبأنه " أن المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية خولت المحكمة تقرير تلاوة الشهادة السابق ابداؤها فى التحقيق الابتدائى أو فى محضر جمع الاستدلالات أو أمام الخبير إذا ما قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك وهى إن وردت فى الباب الثانى الخاص بمحاكم المخالفات والجنح – من الكتاب الثانى من ذلك القانون إلا أن حكمها يتبع أمام محاكم الجنايات عملا بالفقرة الأولى من المادة ٣٨١ من القانون نفسه " (الطعن رقم ٨٩٦ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٧ س٢٧ ص١٠٢١) . وبأنه " خولت المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية المحكمة تقرير تلاوة الشهادة السابق ابداؤها فى التحقيق الابتدائى أو محضر جمع الاستدلالات أو أمام الخبير إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك وهى إن وردت فى الباب الثانى من الكتاب الثانى من ذلك القانون الخاص بمحاكم المخالفات والجنح إلا أن حكمها واجب الاتباع أمام محاكم الجنايات عملا بالفقرة الأولى من المادة ٣٨١ من القانون نفسه ، وإذ كان الثابت أن محامى الطاعن وأن استهل مرافعته بطلب سماع الشهود الغائبين إلا أنه ما لبث أن عاد فتنازل صراحة عن سماعهم اكتفاء بتلاوة أقوالهم فى التحقيقات ثم مضى فى مرافعته الى أن اختتمها بطلبه الحكم ببراءة الطاعن مما نسب إليه فلا تثريب على المحكمة إن هى قضت فى الدعوى دون سماع الشهود الغائبين . لما كان ذلك ، فإن النعى على الحكم فى هذا الصدد لا يكون له محل " (الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٤ س٣٠ ص٦٨٥) . وبأنه " لما كانت المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية تخول للمحكمة الاستغناء عن سماع الشهود إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك ، ولا يحول عدم سماعهم أمامها من أن تعتمد فى حكمها على أقوالهم مادامت مطروحة على بساط البحث فى الجلسة ، وكان البين من الاطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن الدفاع – خلاف لما ذهب إليه الطاعنان فى اسباب الطعن – قد استغنى صراحة عن سماع الشهود فإن النعى على الحكم فى هذا الخصوص بقالة الإخلال بحق الدفاع يكون غير سديد " (الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٤/١٠/٩ س٣٥ ص٦٥١) . وبأنه " من حق المحكمة أن تستغنى عن سماع شهود الإثبات إذا ما قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك صراحة أو ضمنيا دون أن يحول ذلك دون الاعتماد على أقوالهم التى أدلوا بها فى التحقيقات مادامت هذه الأقوال مطروحة على بساط البحث فى الجلسة " (الطعن رقم ٢٤٣٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٢ س٣٦ ص٩١٨)

وبأنه أن الطاعن لم يسلك السبيل الذى رسمه المشرع فى المواد ١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية لإعلان شاهد النفى الذى كان يطلب سماع شهادته أمام محكمة الجنايات ، فلا يكون له أن ينعى على المحكمة عدم استجابتها الى طلب سماعه لما كان ذلك ، وكانت المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية تخول للمحكمة الاستغناء عن سماع الشهود إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك ، يستوى فى ذلك أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا بتصرف المتهم أو المدافع عنه بما يدل عليه ، ولا يحول عدم سماعهم أمام المحكمة من أن تعتمد فى حكمها على أقوالهم فى التحقيقات مادامت مطروحة على بساط البحث فى الجلسة ، وكان البين من مطالعة محضر المحاكمة أن الطاعن لم يطلب سماع من عدا الشاهد المشار إليه بمذكرته المقدمة بتلك الجلسة ، كما أن الثابت من الاطلاع على تلك المذكرة أن من طلب الطاعن سماعه كان شاهد النفى وليس شاهد الاثبات ، مما يعد معه متنازلا عن سماع هذا الأخير ، فإن ما يثيره من اخلال المحكمة بحق الدفاع لعدم سماعها شاهد الإثبات يكون على غير أساس " (الطعن رقم ١٤٢٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٣/١٠/٢٥) . وبأنه " الأصل فى الأحكام الجنائية أنها تبنى على التحقيق الشفوى الذى تجريه المحكمة فى الجلسة وتسمع فيه الشهود مادام سماعهم ممكنا ، ولا يجوز الافتئات على هذا الأصل الذى افترضه الشارع فى قواعد المحاكمة لأية علة مهما كانت إلا بتنازل الخصوم صراحة أو ضمنا " (الطعن رقم٤٧٤٩ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٧/١/٢٨ س٣٨ ص١٤٨) . وبأنه " تمسك الدفاع عن الطاعن بسماع أقوال الشاهد . أمر المحكمة بالقبض على الطاعن وحبسه احتياطيا وتأجيل الدعوى . اضطراره الى التنازل عن طلبه . لا يتحقق به المعنى الذى قصده الشارع فى المادة ٢٨٩ أ . ج " (الطعن رقم ١٨٣٨٨ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩) . وبأنه " لما كان ذلك ، وكان البين من محضر جلسة المحاكمة أن المذكرة المتممة للدفاع الشفوى – التى قدمها المدافع عن الطاعن عقب مرافعته وأشار إليها الحكم المطعون فيه – إنما قدمت والمرافعة مازالت دائرة ، لما هو ثابت من ذلك المحضر من أن محاميا آخر عن الطاعن شرع فى استكمالها بعد تقديم المذكرة المشار إليها ، ومن ثم يحق للدفاع أن يعدل عن نزوله عن سماع الشهود – الذى تضمنه ما أثبت بمستهل جلسة المحاكمة من اكتفائه بمناقشة شهاداتهم الواردة بالتحقيقات – وأن يعود فيتمسك فى تلك المذكرة بطلب سماع شهود الإثبات " (الطعن رقم ٨٤٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٦/١٢/١٩ س٢٧ ص٩٤٨) .

وإذا قرر الشاهد أنه لم يعد يذكر واقعة من الوقائع يجوز أن يتلى من شهادته التى أقرها فى التحقيق أو من أقواله فى محضر جمع الاستدلالات ، الجزء المتعلق بهذه الواقعة .

وكذلك الحال إذا تعارضت شهادة الشاهد التى أداها فى الجلسة مع شهادته أو أقواله السابقة . (م٢٩٠ اجراءات جنائية) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : أن المادة ٢٩٠ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أنه إذا تعارضت شهادة الشاهد التى أداها فى الجلسة مع شهادته أو أقواله السابقة جاز أن تتدلى من شهادته التى أقرها فى التحقيق أو من أقواله فى محضر جمع الاستدلالات الجزء الخاص بالواقعة موضوع الشهادة . (نقض جلسة ١٩٥٢/٦/١٠ س٣ ص١٠٨٩) . وبأنه " من المقرر أن تناقض الشهود أو تضاربهم فى اقوالهم ، أو تناقض رواياتهم فى بعض تفصيلاتها – بفرض حصوله – لا يعيب الحكم أو يقدح فى سلامته مادام قد استخلص الحقيقة من أقوالهم استخلاصا سائغا لا تناقض فيه ، ولم يورد تلك التفصيلات على نحو يركن إليه فى تكوين عقيدته ، كما أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الأدلة والأخذ بما ترتاح إليه منها ، وهى غير ملزمة بسرد روايات الشاهد المتعددة وبحسبها أن تورد من اقواله ما تطمئن إليه فى أى مرحلة من مراحل التحقيق أو المحكمة كما أنها غير ملزمة بأن تورد من أقوال الشهود إلا ما تقيم عليه قضاءها ولها فى سبيل استخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى ان تجزئ أقوالهم فتأخذ منها بما تطمئن إليه وتطرح ما عداه دون إلزام عليها ببيان العلة أو موضع الدليل من أوراق الدعوى مادام أن له أصل ثابت فيها " (الطعن رقم ٦٩٩٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٤ س٣٥ ص٤٧٦) . وبأنه " تناقض أقوال الشهود على فرض حصوله لا يعيب الحكم مادام قد استخلص الإدانة من أقوالهم استخلاصا سائغا بما لا تناقض فيه " (الطعن رقم ١٦١٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ س٣١ ص٢٣١) . وبأنه " لما كان وزن أقوال الشهود وتقديرها مرجعه الى محكمة الموضوع بغير معقب وكان لا يعيب الحكم تناقض رواية الشهود فى بعض تفاصيلها مادام استخلص الحقيقة من أقوالهم استخلاصا سائغا لا تناقض فيه ، وكانت المحكمة قد بينت فى حكمها واقعة الدعوى على الصورة التى استقرت فى وجدانها وأوردت أدلة الثبوت المؤدية إليها ، ومن ثم فلا محل لتعييب الحكم فى صورة الواقعة التى اعتنقتها المحكمة واقتنعت بها ولا فى تعويله فى قضائه بالإدانة على أقوال شهود الإثبات بدعوى تضارب أقوالهم ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى ذلك إنما ينحل الى جدل موضوعى فى تقدير الأدلة مما تستقل به محكمة الموضوع ولا تجوز مجادلتها فيه ولا مصادرة عقيدتها بشأنه أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٢٣١٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١/٦ س٣٦ ص٥٢) . وبأنه " لما كان تناقض أقوال الشاهد على فرض حصوله لا يعيب الحكم مادام قد استخلص الإدانة من أقواله استخلاصا سائغا لا تناقض فيه كما هى الحال فى الدعوى ، فإن منازعة الطاعن فى القوة التدليلية لشهادة شاهد الإثبات على النحو الذى ذهب إليه فى طعنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل مما لا يقبل التصدى له أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٥٩٤٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٧/٣/١ س٣٨ ص٣٤٧) . وبأنه " تناقض الشاهد أو تضاربه فى أقواله لا يعيب الحكم ولا يقدح فى سلامته مادام قد استخلص الحقيقة من أقواله استخلاصا سائغا لا تناقض فيه " (الطعن رقم ٢٤٨٥ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/١/١٧ س٣٢ ص٢٩)

وبأنه تلاوة أقوال الشاهد عن الوقائع التى لم يعد يذكرها هى من الإجازات وفقا لنص المادة ٢٩٠ الإجراءات الجنائية ، فلا تكون واجبة إلا إذا طلبا المتهم أو المدافع عنه ، ولما كان الدفاع عن الطاعن قد تنازل فى مرافعته عن أقوال شاهدى الإثبات دون أن يطلب من المحكمة تلاوتها ، وقد كان الشاهدان حاضرين فكان فى استطاعته – لو أراد مناقشتهما فيما يعن له استيضاحه ، فإنه لا يقبل منه أن يثير هذا الأمر أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ١٤٨٧ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٩ س١٤ ص٩١٠) . وبأنه " لمحكمة الموضوع من أن تأخذ بأقوال الشاهد بالتحقيقات ولو خالفت أقواله أمامها " (الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨١/١٠/٢٧ س٣٢ ص٧٦٣) . وبأنه " لما كان من المقرر أنه لا يقدح فى سلامة الحكم تناقض رواية شهود الإثبات فى بعض تفاصيلها مادام الثابت منه أنه استخلص أقوالهم استخلاصا سائغا لا تناقض فيه ومادام انه لم يورد تلك التفصيلات أو يركن إليها فى تكوين عقيدته – كما هو الحال فى الدعوى المطروحة – فإن النعى على الحكم فى هذا الشأن لا يكون له محل " (الطعن رقم ٣٨٧٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٣ س٣٧ ص١٣٢) .

واستعانة الشاهد بورقة مكتوبة أثناء أداء شهادته أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضى ، وقد قضت محكمة النقض بأن : لما كان من المقرر أن استعانة الشاهد بورقة مكتوبة أثناء أدائه الشهادة أمر يقدره القاضى حسب طبيعة الدعوى فإنه لا على المحكمة إن هى رأت فى حدود سلطتها التقديرية عرض الأوراق على هذا الشاهد لتذكيره بوقعة رأت عى ضرورتها لصالح تحقيق الدعوى ، ويكون النعى على الحكم فى هذا الخصوص فى غير محله . (الطعن رقم ٥٦٣١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٤ س٣٤ ص١٤٧) وبأنه استعانة الشاهد بورقة مكتوبة أثناء أدائه شهادته . يقدره القاضى حسب طبيعة الدعوى (الطعن رقم ٣٥٧٨ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٥/٢/١٩ لم ينشر بعد) .

ويجوز للمحكمة الاستئنافية أن تسمع بنفسها أو بواسطة أحد القضاة تندبه لذلك ، الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة ، وتستوفى كل نقص آخر فى اجراءات التحقيق .

ويسوغ لها فى كل الأحوال أن تأمر بما ترى لزومه من استيفاء تحقيق أو سماع شهود.

ولا يجوز تكليف أى شاهد بالحضور إلا إذا أمرت المحكمة بذلك . (م٤١٣ من قانون الإجراءات الجنائية) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : الأصل أن المحكمة الاستئنافية إنما تقضى على مقتضى الأوراق المطروحة عليها وهى ليست ملزمة بإجراء تحقيق إلا ما تستكمل به النقص الذى شاب اجراءات المحاكمة أمام محكمة أول درجة أو إذا ارتأت هى لزوما لإجرائه وإذ كان الثابت من الاطلاع على محاضر جلسات المحاكمة أن الطاعن لم يبد طلبه سماع محرر المحضر أمام محكمة أول درجة إلا على سبيل الاحتياط

كما أنه وإن تمسك به أمام محكمة ثانى درجة إلا أنه لم يصر عليه فى ختام مرافعته ، فإنه لا على هذه إن هى التفتت عن ذلك الطلب ولم ترد عليه لما هو مقرر من أن الطلب الذى تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو الرد عليه هو الطلب الجازم الذى يصر عليه مقدمه ولا ينفك عن التمسك به والاصرار عليه فى طلباته الختامية .

(الطعن رقم ٩ لسنة٤٣ق جلسة ١٩٧٣/٣/٤ س٢٤ ص٢٧٢) . وبأنه " من المقرر أن محكمة ثانى درجة إنما تحكم بحسب الأصل على مقتضى الأوراق ، وهى لا تجرى من التحقيقات إلا ما ترى لزوما لإجرائه أو استكمال ما كان يجب على محكمة أول درجة اجراؤه ، ومن ثم فإن النعى على المحكمة الاستئنافية التفاتها عن اجابة الطاعن الى طلبه اعادة سماع الشهود يكون على غير أساس ، مادامت هى لم ترى من جانبها حاجة إليه ، ومادامت محكمة أول درجة قد حققت شفوية المرافعة بسماع شاهدى الإثبات وشاهدى النفى " (الطعن رقم ١٠٠٧ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ س٢٥ ص٨٠٨) . وبأنه أنه وإن كان الأصل وفق المادة ٤١٣ اجراءات جنائية أن المحكمة الاستئنافية لا تجرى تحقيقا وإنما تحكم على مقتضى الأوراق إلا أن حقها فى ذلك مقيد بوجوب مراعاتها مقتضيات حق الدفاع ، بل أن المادة ٤١٣ اجراءات جنائية توجب على المحكمة أن تسمع بنفسها أو بواسطة أحد القضاة تندبه لذلك الشهود الذين كان يجب سماعهم وتستوفى كل نقص آخر فى اجراءات التحقيق ، وترتيبا على ذلك عليها أن تورد فى حكمها ما يدل على أنها واجهت عناصر الدعوى وألمت بها على وجه يفصح عن أنها فطنت إليها ووازنت بينها " (نقض جلسة ١٩٧٧/١/٣ س٢٨ ص٢٥) . وبأنه " المحكمة الاستئنافية لا تجرى تحقيقا فى الجلسة . إنما تبنى قضاءها على مقتضى الأوراق . شرط ذلك . مراعاة مقتضيات حق الدفاع . عليها سماع الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة واستيفاء كل نقص فى اجراءات التحقيق . م٤١٣ اجراءات . اغفال طلب سماع شهود الإثبات الذين لم تستجب محكمة أول درجة الى طلب سماعهم . قصور . " (الطعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٧ س٣٢ ص١١٢٧) . وبأنه " لما كان البين من مطالعة محضر جلسة المحاكمة الاستئنافية أن الحاضر عن الطاعن نفى عن موكله التهمة المسندة إليه – وقرر أن فساد العجوة المضبوطة سببه ...... وطلب مناقشة محلل العينة فى أسباب العفن والسوس الموجود ابلعينة المحللة ، ولما كان ذلك ، وكان الأصل عما إذا كان ذلك طارئ على المادة بعد انتاجها أم أنه موجود بها عند صنعها ، وكان الأصل أن المحكمة الاستئنافية لا تجرى تحقيقا بالجلسة إنما تبنى قضاءها على ما تسمعه من الخصوم وما تستخلصه من الأوراق المعروضة عليها إلا أن حقها فى هذا النطاق مقيد بوجوب مراعاتها مقتضيات حق الدفاع ، بل أن القانون يوجب عليها طبقا لنص المادة ٤١٣ من قانون الإجراءات الجنائية أن تسمع بنفسها أو بواسطة أحد القضاة تندبه لذلك الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة وتستوفى كل نقص آخر فى اجراءات التحقيق

ولما كانت المحكمة الاستئنافية لم تستجب الى ما طلبه الدفاع بشأن مناقشة محلل العينة ودون أن تعرض لهذا الطلب إيرادا له وردا عليه مع أن الطاعن لم يمثل أمام محكمة أول درجة حتى يقال أنه تنازل عنه ، كل ذلك مما يصم الحكم بالقصور فى التسبيب فضلا عن الإخلال بحق الدفاع بما يستوجب نقضه "(الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٦/١٠/٣ س٢٧ ص٦٩١) وبأنه " من المقرر أن محكمة ثانى درجة إنما تحكم فى الأصل على مقتضى الأوراق ، وهى لا تجرى من التحقيقات إلا ما ترى هى لزوما لإجرائه " (الطعن رقم ٦٦٧ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/١/٦ س٣١ ص٣٥) . وبأنه استغناء المحكمة عن سماع شهود الإثبات بقبول المتهم أو المدافع عنه صراحة أو ضمنا لا يحول دون اعتمادها على أقوالهم فى التحقيقات الأولية مادامت قد طرحت بالجلسة محكمة ثانى درجة تحكم فى الأصل على مقتضى الأوراق . عدم اجرائها إلا ما ترى لزوما لإجرائه من التحقيقات . مثال . " (الطعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٣/١/٨ س٢٤ ص٥٤) . وبأنه " تمسك الطاعن بسماع شاهد لم يكن سببه قد قام إلا أمام محكمة ثانى درجة . عدم اجابته . اخلال بحق الدفاع " (الطعن رقم ٤٧٤٩ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٧/١/٢٨ س٣٨ ص١٤٨) . وبأنه " الأصل أن المحكمة الاستئنافية إنما تقضى على مقتضى الأوراق المطروحة عليها وهى ليست ملزمة بإجراء تحقيق إلا ما تستكمل به النقص الذى شاب اجراءات المحاكمة أمام محكمة أول درجة أو إذا ارتأت هى لزوما لإجرائه " (الطعن رقم ٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٣/٣/٤ س٢٤ ص٢٧٢) . وبأنه " من المقرر أنه إذا كانت المحكمة الاستئنافية قد رأت تأييد الحكم المستأنف للأسباب التى بنى عليها ، فليس فى القانون ما يلزمها بأن تعيد ذكر تلك الأسباب فى حكمها بل يكفى أن تحيل إليها إذ الإحالة على الأسباب تقوم مقام إيرادها وبيانها وتدل على أن المحكمة قد اعتبرتها كأنها صادرة منها " (الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/١١ س٣٠ ص٤٩) .

الشهــادة الـــــزور

الشهادة الزور هى تعمد تغيير الحقيقة أمام القضاء وبعد حلفه اليمين القانونية تغيير من شأنه تضليل القضاء . (الدكتور رؤوف عبيد – جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال – ص٢٣٨) .

ويجب أن يتوافر ثلاثة شروط لكى تكون بصدد شهادة زور أولها تغيير الحقيقة ، وثانيهما الضرر ، وثالثهما توافر القصد الجنائى لدى الشاهد وهم على الترتيب التالى :

- أولا : تغيير الحقيقة:

يجب لكى نكون بصدد تغيير الحقيقة واكتمال هذا الركن أن يكون أمام القضاء وبعد حلف الشاهد اليمين القانونية وأن يكون هذا التغيير من شأنه تضليل القضاء .لا يلزم أن تكون الشهادة مكذوبة من أولها الى آخرها بل يكفى أن يتعمد الشاهد تغيير الحقيقة فى بعض وقائع الشهادة . (الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٥٩/٥/٢٦) . ويكفى لإدانة المتهم فى شهادة الزور أن تثبت المحكمة أنه كذب ولو فى واقعة واحدة مما شهد به . (الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥١/١٢/١٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا يلزم لاعتبار الشهادة شهادة زور أن تكون كذوبة من أولها الى آخرها بل يكفى لاعتبارها كذلك أن يتعمد الشاهد تغيير الحقيقة فى بعض وقائع الشهادة وبهذا التغيير الجزئى تتحقق محاباته للمتهم وهذه المحاباة أمارة سوء القصد . (الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٤/١٠/٢٢) .

وعلى ذلك فتغيير الحقيقة يتوافر بإنكار الحق أو تأييد الباطل تضليلا لقضاء أيا كان موضعه أو صورته ولا يلزم أن ينصب التغير على واقعة جوهرية فى الشهادة بل من المتفق عليه أنه يكفى فيه أن يكون من شأنه التأثير فى كيفية الفصل فى الدعوى التى أديت الشهادة فيها ولا يلزم أن تكون الشهادة مكذوبة من أولها الى آخرها يكفى أن يتعمد الشاهد تغيير الحقيقة فى بعض وقائع الشهاد دون بعضها الآخر . (الدكتور رؤوف عبيد) .

ويجب أن يكون هذا التغيير فى الحقيقة كما سبق القول أمام القضاء وبعد حلف اليمين ، وقد قضت محكمة النقض بأن : أن ما يتطلبه القانون للعقاب على شهادة الزور هو أن يقرر الشاهد أمام المحكمة بعد حلف اليمين أقوالا يعلم أنها تخالف الحقيقة . بقصد تضليل القضاء ، وإذ كان ذلك ، وكان الثابت أن الشهادة المسندة الى المطعون ضده لم تحصل أمام القضاء وإنما أدلى بها فى تحقيقات النيابة فإن الواقعة لا تتوافر بها العناصر القانونية لجريمة شهادة الزور . (الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧١/٥/٢) .

وبأنه الأصل أنه لا يصح تكذيب الشاهد فى احدى روايتيه اعتمادا على رواية أخرى له دون قيام دليل يؤيد ذلك لأن ما يقوله الشخص الواحد كذبا فى حالة ما يقره صدقا فى حالة أخرى إنما يرجع الى ما تنفعل به نفسه من العوامل التى ملابسه فى كل حالة مما يتحتم معه أن لا يؤخذ برواية له دون أخرى صدرت عنه لا بناء على ظروف يترجح معها صدقه فى تلك الرواية دون الأخرى ، ومن ثم إن إدانة الطاعن الثالث فى جريمة الشهادة الزور لمجرد أن روايته أمام المحكمة قد خالفت ما ابلغ به العمدة وما قرره فى التحقيقات الأولية لا تكون مقامة على أساس صحيح من شأنه فى حد ذاته أن يؤدى إليها مما يجعل الحكم المطعون فيه بالنسبة الى الطاعن الثالث معيبا ويستوجب نقضه بالنسبة إليه والى الطاعنين الأولى والثانى – المحكوم عليهما فى الجريمة التى سمعت فيها تلك الشهادة – وبالتالى فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة الى جميع الطاعنين والإحالة " (الطعن رقم ١٦٤٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٥/١/٤) . وبأنه إذا كانت الشهادة المسندة الى المتهم لم تحصل أمام القضاء كما يتطلبه القانون فى جريمة شهادة الزور المنطبقة على المادة ٢٩٤ من قانون العقوبات فإن الواقعة لا تتوافر فيها العناصر القانونية لجريمة شهادة الزور وتكون المحكمة إذ عاقبته عليها قد أخطأت فى تطبيق القانون ويتعين نقض الحكم والقضاء ببراءته " (الطعن رقم ١٤١٦ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٣/١٢/١) .

- ثانيا : الضـــرر :

لكى يتوافر عنصر الضرر يجب أن يصر الشاهد على أقواله الكاذبة حتى انتهاء المرافعة فى الدعوى الأصلية وإذا عدل الشاهد عن أقواله الكاذبة قبل انتهاء المرافعة فى الدعوى اعتبرت هذه الأقوال كأن لم تكن .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا تتحقق جريمة شهادة الزور إلا إذا أصر الشاهد على أقواله الكاذبة حتى انتهاء المرافعة فى الدعوى الأصلية بحيث إذا عدل الشاهد عن أقواله الكاذبة قبل انتهاء المرافعة فى الدعوى اعتبرت هذه الأقوال كأن لم تكن ولما كانت المرافعة فى الدعوى الأصلية التى أديت فيها تلك الشهادة وقبل أن تتوافر أركان هذه الجريمة فإن حكمها يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يتعين معه نقضه والقضاء ببراءة الطاعن . (الطعن رقم ١٣٨٨ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢٧) . وبأنه للمحكمة بمقتضى القانون أن توجه فى الجلسة تهمة شهادة الزور الى كل من ترى أنه يقول الصدق من الشهود وأن تأمر بالقبض عليه ، وذلك على اعتبار أن شهادة الزور هى من جرائم الجلسة ، ومن ثم فإنه لا محل للنعى على الحكم بأن المحكمة وجهت تهمة شهادة الزور الى الشاهد وأمرت بالقبض عليه قبل أن تسمع دفاع المتهم " (الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٥٧/١١/٥) .

وبأنه توجيه تهمة الشهادة الزور ينطوى فى ذاته على معنى تنبيه الخصم الذى تتعلق به هذه الشهادة لإعداد دفاعه على ضوء ذلك مما يقتضى حصوله بالضرورة قبل قفل باب المرافعة " (الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٥٩/٥/٢٦) . وبأنه " يكفى فى جريمة شهادة الزور أن تكون الشهادة من شأنها أن تؤثر فى الحكم لصالح المتهم أو ضده ، ولو لم يتحقق بالفعل وإذن فلا يمنع من قيام هذه الجريمة كون المحكمة قد أدانت المتهم الذى أديت الشهادة لمصلحته " (الطعن رقم ١٤١٥ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٧/١/٢٠) . وبأنه " لا يشترط قانونا للعقاب على شهادة الزور أن تكون لدى الشاهد نية الإيقاع بالمتهم الذى شهد عليه بل يكفى فى ذلك أن يكون من شأن الشهادة تسبب ضررا بعقاب برئ أو تبرئة مجرم " (الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٦/١١/٢٠) .

وفى الدعاوى المدنية إذ كان الشاهد قد أدى شهادته أمام قاضى ندبته المحكمة لإجراء التحقيق ففى هذه الحالة تعتبر شهادة الزور تامة من وقت أن يقفل القاضى المنتدب محضر التحقيق وليس للشاهد أن يحضر بعد ذلك أمام المحكمة ويعدل عن شهادته وقد انتقد الدكتور رؤوف عبيد فى مرجعه السابق ص٢٤٨ هذا الرأى وذهب وبحق الى أنه من الأسلم من الوجهة العملية أن نفسخ مجال العدول لشاهد الزور مادام أن ما شأنه أن يصحح الأقوال الكاذبة قبل اتمام المرافعة فى الدعوى بما ينبنى عليه من إمكان تدارك أثرها فى الوقت المناسب . (جندى عبد الملك) .

<u>- ثالثا : توافر القصد الجنائى :</u>

أن القانون لا يتطلب فى جريمة شهادة الزور قصدا جنائيا خاصا بل يكفى لتوفير القصد الجنائى فيها أن يكون الشاهد قد تعمد تغيير الحقيقة بقصد تضليل القضاء وليس يغير الحكم عدم تحدثه عن هذا القصد استقلالا مادام توافره مستفادا مما أورده الحكم . (الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٢) .

ولا يكفى للعقاب أن يكون كذب الشاهد ناشئا عن عدم احتياط أو عن تسرع فى إلقاء أقواله بغير تدبر أو عن ميله الى المبالغة عن حسن قصد ففى هذه الأحوال لا يعاقب الشاهد جنائيا على شهادة الزور وإن كان يمكن أن يسأل مدنيا إذا ثبت وقوع خطأ جسيم من جانبه ولهذا يجب على المحكمة التى ترفع إليها دعوى شهادة الزور أن تتحقق قبل الحكم على المتهم من أمرين كذب الشهادة وسوء القصد فهما الشرطان الأساسيان اللذان يتوقف عليهما وجود الركن المادى والركن الأدبى للجريمة ، ويعتبر القصد الجنائى متوافر متى تعمد الشاهد تغيير الحقيقة بقصد تضليل القضاء ولا عبرة بعد ذلك بالبواعث فقد يكون مدفوعا الى ذلك بعامل الانتقام من المتهم أو بالرغبة فى تخليص قريب أو صديق له من عقاب القانون ولكن هذا كله لا يهم البحث فيه ولا التعرض إليه . (المستشار جندى عبد الملك) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : يشترط القانون لمسئولية الشاهد زورا جنائيا قصده الى الكذب وتعمده الى الكذب وتعمده قلب الحقيقة بحيث يكون ما يقوله محض افتراء فى مجلس القضاء وبسوء نيه فإذا كان الحكم قد نفى هذا الوصف عن شهادة الشاهدين وأثبت أنهما إنما شهدا بما تنطبق به شواهد الحال وظاهر المستندات فإن المحكمة إذا قضت ببراءة الشاهدين من جريمة شهادة الزور لم تخطئ فى تطبيق القانون . (الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢) . وبأنه " من المقرر أن يتعين على الحكم الصادر فى جريمة شهادة الزور أن يبين موضوع الدعوى التى أديت الشهادة فيها والضرر الذى ترتب عليها وأن الشاهد تعمد قلب الحقائق هذه الشهادة وما غير فى الحقيقة فيها وتأثيرها فى مركز الخصوم أو اخفاءها عن قصد وسوء نية وإلا كان ناقصا فى بيان أركان الجريمة نقصا يمتنع معه على محكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون – وكان الحكم المطعون فيه لم يبين الواقعة التى سمعت فيها الشهادة وأثر مغايرة الحقيقة فى أقوال الطاعن أمامها على مركز المتهم الأصلى فى الدعوى ولم يستظهر تعمد الطاعن قلب الحقائق أو اخفائها عن قصد وسوء نية بقصد تضليل القضاء فإنه يكون قاصرا عن بيان أركان الجريمة التى دان الطاعن بها " (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢٢) . وبأنه " إذا أدانت المحكمة شاهدا فى شهادة الزور معتمدة فى ذلك على أن أقواله فى الجلسة قد جاءت مخالفة لما جاء بالمحضر الذى حرره معاون الزراعة ووقعه هو ببصمة ختمه دون أن تفند ما أثاره الدفاع عنه من أنه فى الواقع كان يجهل حقيقة ما تضمنه المحضر الذى وقعه فإن حكمها هذا يكون معيبا لقصوره عن بيان علم الشاهد فعلا بالحقيقة وتعمده تغييرها فى شهادته أمام المحكمة لمصلحة المتهم فى الدعوى التى شهد فيها وهو ما يجب توافره للعقاب على جريمة شهادة الزور " (الطعن رقم ٩٩ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٦/١/١٤) .

يجب على المحكمة أن توجه الى الشاهد تهمة الشهادة الزور أثناء المحاكمة إذا رأت محاكمة الشاهد على الشهادة الزور حال انعقاد الجلسة ، وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا رأت المحكمة محاكمة الشاهد على الشهادة الزور حال انعقاد الجلسة عملا بالمادتين ٢/١٢٩ مرافعات ، ٢٤٤ من قانون الإجراءات وجب عليها أن توجه إليه تهمة شهادة الزور أثناء المحاكمة ولكنها لا تتعجل فى الحكم عليه بل تنتظر حتى تنتهى المرافعة الأصلية ولم تكن العلة فى ذلك أن الجريمة لم توجد قبل انتهاء المرافعة ، إذ هى وجدت بمجرد إبداء الشهادة المزورة ولكن الشارع رأى فى سبيل تحقيق العدالة على الوجه الأكمل أن يفتح أمام الشاهد المجال ليقرر الحق حتى آخر لحظة فشهادته يجب أن تعتبر فى جميع أدوار المحاكمة كى لا يقبل التجزئة وهى لا تتم إلا بإقفال باب المرافعة فإذا عدل عنها اعتبرت أقواله الأولى كأن لم تكن" (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٢) .

وبأنه أن القانون إذ أجاز للمحكمة أن تقيم الدعوى فى الحال بشأن ما يقع من الجنح والمخالفات فى الجلسة لا يمكن أن يكون قد قصد الى ضرورة إقامة الدعوى بالنسبة الى شهادة الزور فور إدلاء الشاهد بشهادته ، بل ن ارتباط هذه الشهادة بالدعوى الأصلية يقتضى بقاء هذا الحق للمحكمة مادامت المرافعة مستمرة وإذن فمتى كانت الدعوى بشهادة الزور قد أقيمت على المتهم أثناء استمرار المرافعة فى الدعوى الأصلية وصدر الحكم فيها مع الدعوى الأصلية فى وقت واحد فقد تحقق ما يقصده القانون من الفورية ولا يؤثر فى ذلك أن يكون الحكم فى دعوى شهادة الزور قد تأجل صدوره الجلسة المحددة للحكم فى الدعوى الأصلية " (الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٢/١/١) . وبأنه " للنيابة وللمحكمة بمقتضى القانون أن توجه فى الجلسة تهمة شهادة الزور الى كل من ترى أنه لا يقول الصدق من الشهود ولا يصح عد ذلك من وسائل التهديد أو الضغط على الشاهد " (الطعن رقم ١٣٠ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٧٦/١/٧) .

ويجب أن نلاحظ أنه يخرج عن نطاق شهادة الزور الكذب أمام سلطات التحقيق الابتدائى بمعناه الواسع المتضمن جمع الاستدلال على كافة أنواعها ودرجاتها أى سواء أكان يجرى التحقيق بمعرفة جهة الضبط القضائى أم النيابة أم قضاء التحقيق وما فى حكمه أم سلطة الإحالة ذلك أن التحقيق الابتدائى لا يكون بحسب الأصل أساسا للحكم بل العبرة هى بالتحقيق النهائى الذى تجريه المحكمة بنفسها ولأن من مصلحة العدالة أن يمكن الشاهد من العدول عن الكذب وتصحيح أقواله أمام هيئة المحكمة فلا تتقيده بأقواله الأولى التى سبق له ابداؤها فى التحقيقات الى فى التحقيقات الى حد تعريضه العقوبة الجنائية إذا عدل عنها . (الدكتور رؤوف عبيد) .

يجوز للمضرور من الشهادة الزور أن يدعى مدنيا أمام محكمة الجنايات أو أن يرفع دعوى مدنية أمام المحاكم المدنية :

يجوز للمضرور من الشهادة الزور أن يدعى بالحقوق المدنية فى دعوى مرفوعة من النيابة العامة أمام محكمة الجنايات شريطة ألا يكون قد أقام دعوى مدنية أمام المحاكم المدنية وأن يكون قد لحقه ضرر من جراء هذه الشهادة .

<u>إعادة النظر فى الحكم الصادر بناء على الشهادة الزور :</u>

يجوز إعادة النظر إذا ثبتت الشهادة الزور حكم على الشهود بسببها ، وقد نصت على ذلك المادة ٤٤١ اجراءات جنائية على أن :

- إذا حكم على أحد الشهود أو الخبراء بالعقوبة لشهادة زور ، وكان للشهادة أو تقرير الخبير أو الوراثة تأثير فى الحكم .

وللوصول الى الحكم على شاهد الزور يجب اثبات أنه سمع بصفة شاهد بعد حلف اليمين وأنه غير الحقيقة بقصد تضليل العدالة .

... ويشترط فى الحكم الذى يجوز فيه طلب اعادة النظر بسبب الشهادة الزور ثلاثة شروط هى :

أن يكون نهائيا وحائزا لقوة الشئ المقضى به .

أن يكون بعقوبة جنائية .

أن يكون الحكم فى جناية أو جنحة . فلا يقبل اعادة النظر فى المخالفات .

ويشترط لطلب اعادة النظر فى الأحكام بسبب الشهادة الزور :

أن يصدر حكم على أحد الشهود بالعقوبة المقررة لشهادة الزور .

أن يكون الحكم الصادر على شاهد الزور قد أصبح نهائيا وحائز لحجية الشئ المقضى به .

أن يكون الحكم على شاهد الزور قد صدر بعد الحكم فى القضية التى شهد فيها .

أن يتبين لمحكمة النقض المطعون أمامها بإعادة النظر أن شهادة الزور قد أثرت على تفكير القضاة .

والطعن بإعادة النظر جائزا للنيابة العامة لأن من مصلحة العدالة تصحيح أخطاء القضاة ، وهذا الطعن جائز أيضا للمحكوم عليه أو من يمثله أو لأقاربه أو زوجته بعد موته ، وإذا قبلت المحكمة الطلب فيكون لها أما أن تحكم بإلغاء الحكم وتقضى بالبراءة إذا كانت ظاهرة ، أو أن تحكم بإلغاء الحكم وبإحالة الدعوى الى المحكمة التى أصدرت الحكم مشكلة من قضاة آخرين للفصل فى موضوعها ، (مادة ٤٤٦ اجراءات جنائية) .

وأوجبت المادة ٤٥٠ اجراءات نشر كل حكم صادر بالبراءة بناء على اعادة النظر على نفقة الدولة فى الجريدة الرسمية بناء على طلب النيابة العامة ، وفى جريدتين يعينهما صاحب الشأن ، ويترتب على إلغاء الحكم سقوط الحكم بالتعويضات ووجوب رد ما نفذ به منها . (مادة ٤٥١ اجراءات) . (راجع فى كل ما سبق المستشار عز الدين الدناصورى والشواربى والدكتور شهاب هابيل أبو شادى) .

عقـوبة شهادة الزور

العقوبات التى وضعها المشرع لجريمة الشهادة الزور نص عليها فى المواد ٢٩٤ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ والمادة ٣٠٠ عقوبات .

- أولا : العقوبات التى نص عليها المشرع فى صورتها البسيطة :

نص المشرع على العقوبات المقررة للشهادة الزور فى صورتها البسيطة فى المواد ٢٩٤ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ عقوبات واعتبر هذه الجريمة جنحة من قبيل الجنح التى ترتكب فى الجلسات.

والفاعل الأصلى فى جريمة الشهادة الزور هو شاهد الزور الذى يتعمد تغيير الحقيقة فى شهادته أمام المحكمة ففى الدعوى المدنية نص المشرع على عقاب كل من شهد زورا فى دعوى مدنية بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (مادة ٢٩٧) أما الدعوى الجنائية فمن شهد زورا لمتهم فى جناية أو عليه يعاقب بالحبس (مادة ٢٩٤) أما الشهادة الزور على متهم بجنحة أو مخالفة فيعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (مادة ٢٩٦) .

وإذا اتفق شخص مع الشاهد على تغيير الحقيقة فى الشهادة أمام المحكمة ثم أدى الشاهد هذه الشهادة المغايرة للحقيقة بناء على هذا الاتفاق ، يعد شريكا فى جريمة الشهادة الزور ، ويعاقب بذات العقوبة التى يعاقب بها الفاعل الأصلى . (المرجع السابق فى كل ما سبق المستشار عز الدين الدناصورى والشواربى) .

- ثانيا : الظروف المشددة للعقاب على الشهادة الزور :

نص المشرع على ظرفين مشددين للعقاب على جريمة الشهادة الزور ، أحدهما خاص بالشهادة الزور على متهم بجناية ومقتضاه أن يكون قد ترتب على هذه الشهادة الحكم على المتهم ، أيا كان نوع الحكم ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٩٥ عقوبات فيعاقب الشاهد بالأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن أما إذا حكم على المتهم بسبب الشهادة الزور بعقوبة الإعدام ونفذت عليه ففى هذه الحالة يحكم بالاعدام أيضا على شاهد الزور إنما يشترط أن تكون عقوبة الاعدام قد نفذت فعلا على المتهم ، والثانى مشترك بين جرائم الشهادة الزور جميعها ، سواء أكانت الشهادة قد أديت فى دعوى مدنية أو جنائية .

ولها شقين . الشق الأول : أن يكون الشاهد قد قبل عطية أو وعدا بشئ ما ليشهد بالزور للمتهم أو الخصم أو عليه ، أما الشق الثانى فمقتضاه أن يكون الشاهد طبيبا أو جراحا أو قابلة وطلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعدا أو عطية لأداء الشهادة الزور بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة أو وقعت منه الشهادة بذلك نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة فيحكم على الشاهد فى الحالتين بالعقوبة المقررة للرشوة أو للشهادة الزور أيهما أشد . (مادة ١/٢٩٨ ، ٢ عقوبات) . (راجع فيما سبق الدكتور شهاب هابيل والأستاذ حسنى مصطفى والدكتور رؤوف عبيد والأستاذ حسنى مصطفى والمستشار عز الدين الدناصورى والشواربى) .

ويجب أن نلاحظ أن المادة ٣٠٠ ع نصت على أن " من أكره شاهد ، على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زورا يعاقب بمثل عقوبة شاهد الزور مع مراعاة الأحوال المقررة فى المواد السابقة " ، وهى تقيم جريمة على حدة غير شهادة الزور تتطلب أن يقع على شخص معين ثم اكراه مادى أو أدبى لإرغامه على عدم أداء الشهادة اطلاقا أو أدائها زورا والشاهد الذى يذعن للإكراه أو التهديد فيمتنع عن الشهادة أو يشهد زورا لا يعفى من العقوبات المقررة له ولا يمكن أن يدفع بالإكراه المعدم للمسئولية طالما كان فى مقدوره الاحتماء فى الوقت المناسب برجال السلطة العامة .

وعلى ذلك فإن الجريمة لا تتم إلا إذا امتنع الشاهد عن أداء الشهادة فعلا أو أدى فعلا شهادة مزورة ولكن مادامت هذه الجريمة مستقلة عن جريمة شهادة الزور وليست صورة من صور الاشتراك فيها تقوم بقيامها وتسقط بسقوطها فلا يوجد ما يمنع قانونا من عقاب من يكره شاهدا على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زورا بعقوبة الشروع فى الجريمة إذا لم ينتج الإكراه المطلوب غير أنه لا يعاقب على الشروع بطبيعة الحال إلا حيث تكون الجريمة التامة جناية . (راجع فى كل ما سبق الأستاذ حسنى مصطفى والدكتور رؤوف عبيد) .